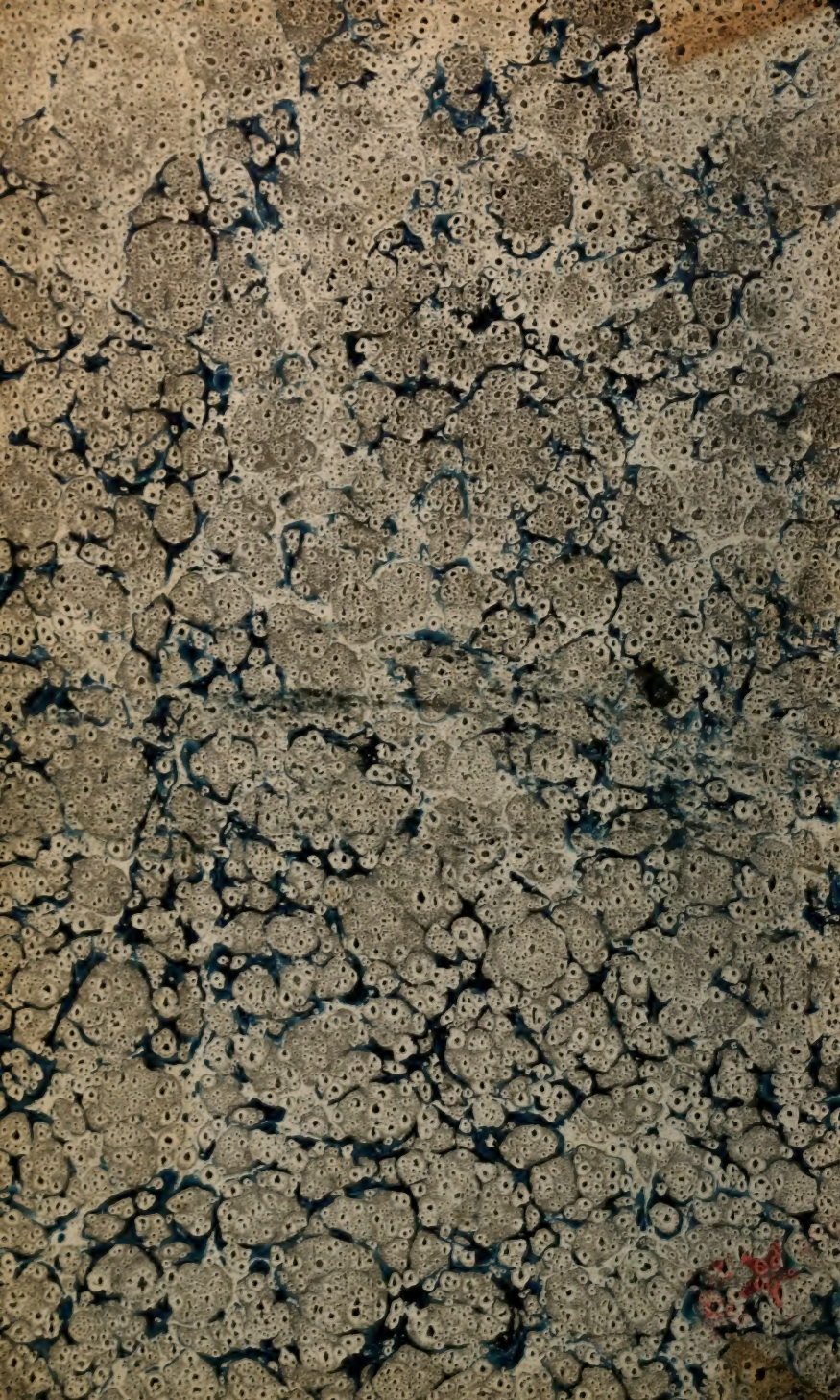
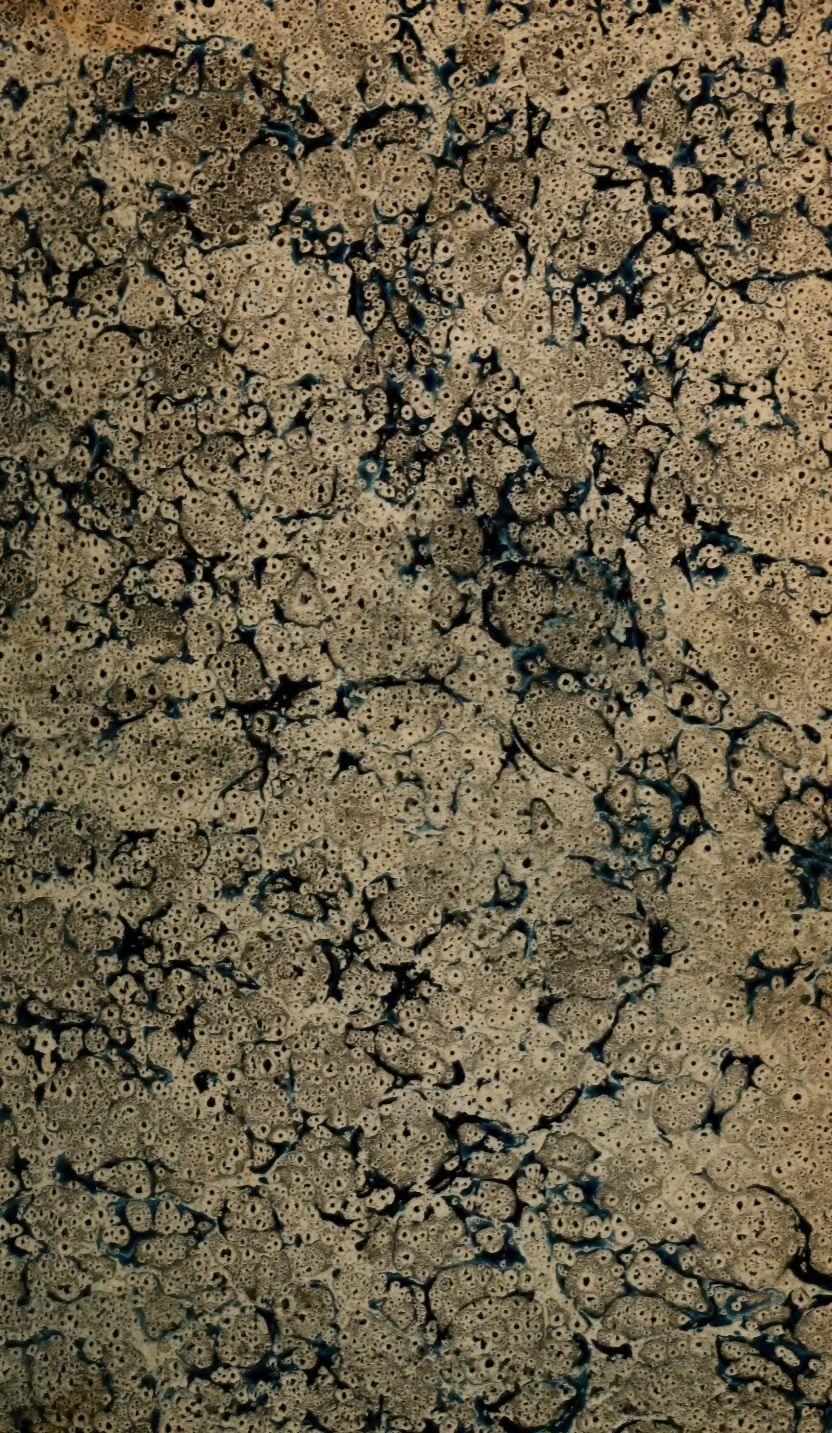








I 9
CHRESTOMATHIE,

ou

CHOIX DE TEXTES DE DROIT ROMAIN.



Herr Häpser

27 Juni des 71^{en} Augustus -

Neque..... cum eam quam institui viam ostendero, quidquam ea præjudicii ordini legali afferet, impeditve quominus quisque, qui titulos *Institutionum* aut *Digestorum* aut *Codicis* sibi cognoscendos sumet, non solum eo ordine quo digesti sunt persequatur, sed etiam undecumque initium facere velit eò securè se conferat, dummodo sciat, in quamcumque partem venerit, animo atque intelligentia, ad eum locum quem natura et recta ratio ei assignat, deberi eam partem a se referri (DORNEAU, *Commentarii de Jure Civili*, Lib. I, chap. I, § 14, pag. 15 du tom. I de l'édition de Kœnig et Bucher).

19995

CHRESTOMATHIE,

OU

CHOIX DE TEXTES

POUR UN COURS ÉLÉMENTAIRE

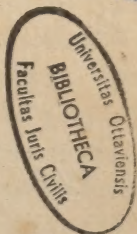
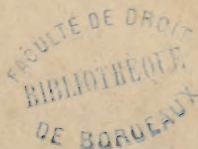
DU DROIT PRIVÉ DES ROMAINS,

PRÉCÉDÉ D'UNE

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT;

Par M. Blondeau.

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

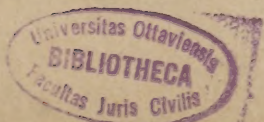


PARIS.

VIDECOQ, LIBRAIRE,

PLACE DU PANTHÉON, N° 6, PRÈS DE L'ÉCOLE DE DROIT.

M DCCC XXX.



11111

SECRETARY OF THE ARMY

WASHINGTON, D. C.

RECEIVED

DEPARTMENT OF THE ARMY

OFFICE OF THE SECRETARY

WASHINGTON, D. C.



KJA

2190

1846

1830

LIBRARY

DEPARTMENT OF THE ARMY

AVERTISSEMENT.

LORSQU'EN 1819 quelques uns de mes Élèves firent imprimer une partie de mes dictées, avec des développemens qu'ils avaient, plus ou moins exactement, recueillis à mon cours, j'annonçai, en improuvant cette publication prématurée, que je me proposais de faire paraître moi-même en français mes *Leçons élémentaires de Droit romain*, mais que je croyais devoir publier auparavant, pour servir en quelque sorte de cadre à mes leçons, un *Manuel* écrit dans la langue même des jurisconsultes romains. Je m'acquitte aujourd'hui de ce devoir, et afin de ne pas encourir le reproche qu'on a fait souvent, et en général avec raison, aux modernes qui ont voulu se servir d'une langue morte, ce sont des textes mêmes, c'est-à-dire des passages, soit des législateurs, soit des jurisconsultes romains, que je publie, en les rangeant dans l'ordre qui m'a paru le plus propre à en faciliter l'intelligence. Ces textes sont réduits à un assez petit nombre : d'abord, au moyen de l'élimination de ceux qui faisaient double emploi ou qui, au lieu de principes, ne m'ont paru offrir que des conséquences d'autres textes; ensuite par la suppression de tous ceux qui appartiennent aux diverses théories de l'interprétation des lois, de l'ap-

préciation et de l'interprétation des actes particuliers, des preuves et des dommages-intérêts (1).

A l'imitation des jurisconsultes modernes de l'Allemagne, j'ai écrit en langue nationale les *intitulés, titres ou sommaires* destinés à unir et à coordonner les fragmens qui composent cette *Chrestomathie*; j'en ai fait autant pour les *notes*, qui sont en assez grand nombre, et qui ont pour objet soit l'explication d'un texte obscur, soit l'indication d'une antinomie (ou plutôt d'une opposition entre les jurisconsultes romains), soit quelques données historiques, soit enfin des renvois d'une partie de ce *Manuel* à une autre partie, ou même à d'autres ouvrages.

Je m'empresse de reconnaître que deux de mes élèves, MM. *Bonjean* et *Bedel*, ont eu une bien grande part à cet ouvrage : ce sont eux qui ont exécuté la tâche difficile de faire un premier choix dans l'immensité des collections justiniennes; ce sont eux aussi qui, d'après mes indications, ont pris la peine de rechercher, soit dans les autres monumens de la jurisprudence romaine échappés à la barbarie du moyen âge, soit dans les historiens et autres auteurs latins, tout ce qui pouvait éclairer ou compléter les divers points du Droit, sur lesquels, grace aux mutilations de Tribonien, nous manquons des témoignages (bien plus sûrs) des jurisconsultes romains. *M. Bonjean* a en outre rédigé

(1) Mon *Introduction à l'étude du Droit* indique la place que ces diverses théories paraissent devoir obtenir dans l'enseignement du Droit.

quelques unes des notes qui ont pour objet les antiquités du Droit romain.

J'ai voulu que cet ouvrage fit principalement connaître le Droit tel qu'il était au siècle des grands jurisconsultes; cependant, comme les élèves sont souvent interrogés aux examens sur la législation des siècles postérieurs et notamment sur celle de Justinien, à côté du véritable Droit romain, j'ai placé les dérogations introduites par les Empereurs d'Orient; mais j'ai pris soin que des caractères typographiques différens empêchassent toute confusion entre ce qu'on appelle ordinairement le *Droit des Pandectes*, le seul qui soit pour le jurisconsulte (1) une véritable source d'instruction, et le Droit subséquent, que les législateurs peuvent sans doute utilement méditer, mais

(1) Je ne pense pas, comme quelques personnes, que le motif qui a déterminé les fondateurs de nos Écoles de Droit à y placer en première ligne l'enseignement du Droit romain, ait été cette considération : que, dans les pays de Droit écrit, quelques procès peuvent encore exiger l'application des lois romaines; ni même cette autre considération, plus puissante cependant à mes yeux : que beaucoup de dispositions de nos nouveaux Codes ont été puisées dans le Droit de Justinien, et que les lois nouvelles s'éclairent par leur comparaison avec les lois qui les ont précédées. En effet, ces deux considérations auraient exigé également l'enseignement du *Droit coutumier*, et cependant il n'en est aucunement question, ni dans les réglemens organiques des Écoles de Droit, ni dans les réglemens postérieurs.

Selon moi, c'est comme un *Droit modèle*, que le Droit romain a paru mériter d'être enseigné dans nos écoles, il est pour les jurisconsultes ce que sont pour les statuaires et les peintres les admirables chefs-d'œuvres de l'antiquité. — Je renvoie au surplus, à mon *Introduction*, l'exposition détaillée des diverses espèces d'avantages que l'étude du Droit romain peut encore offrir aujourd'hui même dans les pays où il n'a jamais été considéré comme une législation vivante.

qui ne nous étant point parvenu avec les savantes déductions ou applications dont l'ancien Droit fut l'objet, ne peut guère être pour le jurisconsulte (1) qu'une étude de curiosité.

Cette *Chrestomathie* ne dispensera point les Élèves d'avoir sans cesse sous les yeux les *Institutes de Justinien* et les monumens de l'ancien Droit que nous avons joints à ces *Institutes* dans l'édition que nous en avons donnée sous le titre d'*Ecloga* (2); il serait même à désirer qu'ils possédassent tous le corps complet des compilations justiniennes (3).

(1) Excepté peut-être dans les pays que nous appelons *pays de Droit écrit*, où le Droit romain fut, au xvi^e et au xvii^e siècle, l'objet des méditations de praticiens éclairés, et fit naître une jurisprudence judiciaire qu'il peut être quelquefois utile de consulter pour bien saisir le sens de quelques articles de notre nouveau Code.

(2) Dans la crainte d'embarrasser les Élèves en leur offrant deux leçons différentes des mêmes textes, j'avais d'abord cru devoir me conformer tout-à-fait à l'*Ecloga*, pour tous les passages qui appartiennent à cette collection et dans les cas où les diverses éditions présentent des variantes, mais après le tirage de mes premières feuilles, de nouvelles réflexions m'ont engagé à puiser désormais mes extraits de Gaius dans la dernière édition de Berlin.

(3) Je leur recommanderai une édition du *Corpus juris civilis*, qui sera d'un prix moins élevé que toutes les autres, et qui cependant doit réunir un plus grand nombre de monumens de Droit romain qu'aucune édition précédente : c'est l'édition stéréotype des frères Schilking, qui se publie à Leipsick, chez Baumgaertner, et pour laquelle on peut souscrire à Paris, chez MM. Levrault, rue de La Harpe, et Treutel et Wurtz, rue de Bourbon.

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU DROIT.

§ 1^{er}.

Objet de cette Introduction.

Lorsqu'on veut étudier la géographie d'un pays, on commence ordinairement par examiner quelle place ce pays occupe sur la sphère terrestre, dans la carte générale de l'une des grandes divisions de notre globe, dans la carte particulière de tel ou tel empire; de même, avant de se livrer à l'étude d'une science ou d'une théorie d'art, on doit désirer de connaître sa place dans l'immense domaine de la science, et quels sont ses rapports avec les autres branches des connaissances humaines.

Nous commencerons donc par indiquer à quelle classe de connaissances le *Droit* appartient, comment il se lie à d'autres objets d'étude, et comment il se distingue de ceux avec lesquels il a le plus de rapports.

Nous examinerons ensuite quelles sont les diverses parties qui le composent, quelles sont les méthodes qui lui conviennent, quels secours la connaissance d'autres sciences peut lui offrir.

§ II.

Acceptions diverses du mot DROIT.

Le mot *Droit* a plusieurs acceptions : non seulement il n'exprime pas toujours, comme les mots *Histoire naturelle*, *Chimie*, *Physique*, *Mathématiques*, une certaine

branche des connaissances humaines (1); mais, alors même qu'il est employé dans ce sens, on n'est pas d'accord sur l'objet d'étude auquel cette dénomination appartient : quelques uns en font une *science proprement dite* (2), et pour ainsi dire *naturelle* (3); d'autres y attachent principalement l'idée d'une *théorie d'art* reposant sur la connaissance de faits purement humains; et le plus grand nombre, prêt à s'égarer sans cesse dans les faux-fuyans d'une expression vague, obscure, indéterminée, confond sous le nom de *Droit* les objets d'étude les plus divers (4).

(1) Sans parler du mot *Droit* pris comme adjectif, nous verrons dans la suite de cette *Introduction*, que dans la science même qu'on appelle le *Droit*, ce mot est pris dans deux autres acceptions; on dit : « J'ai un *Droit* à l'égard de telle personne; le *Droit* romain régissait autrefois une partie de la France. »

(2) Ce qui distingue les *sciences proprement dites* des *théories d'art*, c'est que les premières nous présentent des séries de vérités ou d'opinions méthodiquement distribuées, sans nous tracer des règles de conduite; tandis que les secondes se composent de préceptes auxquels nous devons nous conformer si nous voulons parvenir à un certain but. Toute *théorie d'art* est basée sur des vérités, opinions ou croyances qui sont l'objet, soit d'une science particulière, soit de plusieurs sciences spécialement en rapport avec cette *théorie*, soit enfin d'une ou plusieurs sciences servant également de base à d'autres *théories*.

(3) Nous voulons exprimer par cette *épithète*, qui ne rend peut-être pas assez clairement notre pensée, que dans le sens des personnes dont il s'agit, ce ne sont pas des produits de la volonté humaine, tels que les ordonnances émanées d'un gouvernement, qui sont l'objet de la science à laquelle on donne le nom de *Droit*.

(4) C'est ainsi qu'on est arrivé jusqu'à placer sur la même ligne les travaux de glossateurs, les théories philosophico-politiques de Bodin, les recherches législatives de Montesquieu et de Bentham, les systèmes philosophiques de Thomasius, de Leibnitz, de Kant et d'Hégel, et enfin les règles de droit privé empruntées, par Domat, Dumoulin et Pothier, aux anciens jurisconsultes romains.

Ce qu'il y a de plus bizarre, c'est que quelques uns perdent à se disputer la propriété exclusive de ce mot, un temps qui serait bien mieux employé à approfondir la science ou la théorie à laquelle chacun d'eux prétend l'appliquer. Ainsi, certains philosophes ne veulent pas que le *Droit* soit ce qu'appellent ainsi les magistrats, les avocats, les avoués, les notaires, je dirai même toutes les classes de citoyens trop souvent obligées de recourir au ministère des personnes dont nous venons de parler.

« Ce que vous considérez comme le *Droit*, nous disent-ils, « présente tout au plus une application des vérités que « nous enseigne le véritable *Droit*; celui-ci n'a pas pour « objet des faits humains, des ordres émanés d'un gouvernement, des règles de conduite qui doivent quelquefois « toute leur force à la sanction sociale : il s'applique à la « nature même de l'homme, ses préceptes existent indépendamment de ce que les puissances sociales ont voulu « et sanctionné sous les noms de *lois, ordonnances, décrets, ou règles de droit* etc. » Au contraire, les jurisconsultes, les administrateurs, les hommes d'État, et même une certaine classe de philosophes, considèrent, en général, sinon comme de dangereuses chimères, au moins comme des rêveries métaphysiques, ces principes absolus, ces règles de conduite, que l'on prétend exister indépendamment de tous pouvoirs politiques (1).

Sans prendre parti, au moins quant à présent, dans cette discussion, nous déclarons tout d'abord que le *Droit* dont nous nous proposons d'offrir ici les notions pre-

(1) Cette controverse n'est pas nouvelle : Cicéron, dans son traité *de Re Publica*, avait, à ce qu'il paraît, rapporté et combattu les argumens des philosophes grecs contre l'existence du *Droit naturel*. L'un des pères de l'Église, Lactance, jugeait ces argumens insolubles à la raison déstituée du secours de la religion révélée.

mières, est ce que, tous les jours, dans toutes les classes de la société, on entend par ce mot, ce qui est ainsi qualifié à la tribune législative, ce qui est considéré comme tel par des milliers de magistrats, d'avocats etc., enfin ce qu'on enseigne sous ce nom dans les *écoles de Droit*.

§ III.

Définition du DROIT PROPREMENT DIT.

Nous définirons cette branche des connaissances humaines, la *science* des règles dont l'observation est prescrite et garantie, chez les différens peuples, par les pouvoirs politiques auxquels on donne le nom de *gouvernement*; et l'*art* d'appliquer ces règles, qu'on appelle *lois positives* ou simplement *lois*, aux cas particuliers qu'elles embrassent ordinairement dans une expression plus ou moins générale.

Nous allons rechercher de quelle manière les règles dont il s'agit viennent à s'établir parmi les hommes, et comment leur application devient l'objet d'un art spécial.

En nous livrant à cette recherche, nous rencontrerons sur notre route les opinions des philosophes dont nous venons de parler; et, sans vouloir les suivre dans leurs investigations, trop éloignées du but de cet ouvrage, nous tâcherons au moins de donner une idée de leurs systèmes.

§ IV.

Génération de l'idée de DROIT.

Malgré l'opposition que nous venons de signaler dans les acceptions qu'on attache au mot *Droit*, il est un point où tout le monde semble se réunir, c'est à donner le nom de *Droit* à une *science* ou *théorie d'art* qui a pour

objet certaines actions humaines (1) considérées sous le point de vue de l'influence que leurs auteurs peuvent exercer par elles sur le bonheur de leurs semblables (2).

Que les actions de l'homme soient souvent précédées d'un acte de volonté qui devient la cause immédiate de ces mêmes actions, et dont nous avons conscience, c'est ce que personne ne saurait contester.

Que ces actes de volonté soient eux-mêmes, au moins ordinairement (3), le résultat des jugemens que nous

(1) En prenant le mot *action* dans un sens très large, il est évident que beaucoup d'actions humaines, ou, en d'autres termes, de mouvemens, soit de notre corps entier, soit de quelqu'une de ses parties, s'opèrent de la même manière que les mouvemens, compositions ou décompositions des corps inanimés; que d'autres ont lieu d'une manière analogue aux mouvemens ou changemens qui se manifestent dans les végétaux; et enfin que, par rapport à une troisième classe d'actions, l'homme se distingue peu des autres animaux. Mais il n'est personne qui ne considère ces diverses espèces d'actions ou mouvemens comme plus ou moins étrangères à la science du *Droit*.

(2) Les considérations que nous allons présenter sur l'origine et la nature des règles par lesquelles les gouvernemens parviennent à diriger ces actions, prouveront, si je ne me trompe, qu'au lieu de réunir en un seul corps de doctrine et comme formant une seule et même science, qu'on appellerait le *Droit*, toutes les vérités auxquelles l'esprit humain peut parvenir relativement à cet important sujet, il convient de séparer d'abord ce qui est du domaine de la science proprement dite, de ce qui appartient à l'*art*, puis de distinguer encore en plusieurs sciences ou arts, et de ranger en conséquence sous des noms différens les diverses parties de cet immense sujet.

(3) Y a-t-il des actes de volonté dont nous ayons conscience, et qui cependant ne soient pas précédés d'un jugement relatif à l'action que nous allons produire? Y a-t-il des actes volontaires dont nous n'ayons pas conscience? Quelle est l'influence de l'habitude sur nos facultés intellectuelles? L'état de démence, d'ivresse ou de somnambulisme n'amène-t-il pas des actions volontaires qu'aucun jugement relatif à ces actions ne précède? — L'examen de toutes ces

portons à l'égard de nos actions (1), c'est encore un point qui nous semble universellement admis.

Mais, quelle est la nature de ces jugemens? Consistent-ils toujours à reconnaître que l'action dont l'idée se présente à notre esprit, doit nous être agréable ou désagréable, utile ou nuisible?

C'est ici que l'on commence à ne plus s'accorder, surtout lorsqu'il s'agit des actions par lesquelles l'homme peut influer sur le bonheur de ses semblables.

Suivant quelques philosophes, l'amour de soi est le seul mobile des actions humaines (2) : lorsque nous voulons le bien de nos semblables, c'est que nous avons jugé que notre propre bien-être sera la conséquence du bien-être des autres; lorsque nous voulons, au contraire, le mal d'autrui, c'est que nous nous imaginons que ce mal produira un bien pour nous.

D'autres philosophes prétendent qu'un sentiment par-

questions, qui d'ailleurs sont probablement discutées dans les Cours de Philosophie que l'on a dû suivre avant de commencer l'étude du *Droit*, n'est pas indispensable pour arriver au but que nous nous sommes proposé.

(1) Ces jugemens reposent, ou sur des vérités évidentes, ou sur des croyances. Ne peut-on pas aussi, au moyen des signes du langage, placer dans nos esprits des jugemens que nous n'avons point portés, et qui se confondant dans la mémoire avec ceux qui sont véritablement notre ouvrage, viennent exercer sur nos actions la même influence que ces derniers? — C'est encore une question qu'il est superflu de traiter ici.

(2) Il est bien entendu que ces philosophes n'entendent parler que des actions *volontaires*; et sans doute ils modifient leur proposition pour les cas de démente, de monomanie, d'ivresse, de somnambulisme; sans doute aussi ils tiennent compte de l'exaltation dont certains sentimens sont susceptibles, de l'influence de l'habitude, et de l'empire des croyances qui prolongent notre existence dans une autre vie; et enfin ils ont soin de faire la part des préjugés et des erreurs du raisonnement. Sans tout cela, leur système serait évidemment insoutenable.

ticulier de bien-être ou de peine se lie à l'idée de nos actions suivant qu'elles sont utiles ou nuisibles à nos semblables, et nous les fait, en conséquence, vouloir ou ne vouloir pas, précisément comme un sentiment du même genre nous fait prendre ou repousser certains alimens, rechercher ou fuir la chaleur, désirer ou craindre certaines odeurs, certains sons, etc. (1).

Enfin, suivant une nouvelle école philosophique, il existe dans notre intelligence une *forme*, c'est-à-dire une sorte de moule, où les idées de nos actions reçoivent, toutes les fois qu'elles intéressent d'autres hommes, le caractère de *justes* ou d'*injustes*, et sont ensuite, à raison de ce caractère, voulues ou non voulues, sans aucun égard au plaisir ou à la peine qui peut en résulter pour nous (2).

Nous n'entrerons pas dans la discussion de ces systèmes, nous ferons seulement remarquer que chacun d'eux a servi de base à une théorie d'art dont l'objet est de régler la conduite des hommes à l'égard de leurs semblables. Ainsi, d'un côté on nous a dit : « Votre intérêt, « bien entendu, est, que vous vous conduisiez de telle « manière envers les autres hommes; » de l'autre : « Votre « sens moral sera péniblement ou agréablement affecté, « suivant que vous agirez de telle ou telle manière à « l'égard de vos semblables; » enfin, les partisans du troi-

(1) Ce système s'éloigne peu du premier, surtout lorsque les partisans de celui-ci ne négligent pas les plaisirs et les peines de la *sympathie*, qui, au surplus, n'est peut-être qu'une illusion de l'amour de soi.

(2) Nous voulons parler ici de l'école de Kant; mais, tout en admettant à côté de l'intérêt un autre principe des actions humaines, plusieurs philosophes de cette école expliquent d'une manière un peu différente l'origine du *juste* et de l'*injuste*. Comme nous ne sommes point parvenus à bien comprendre leurs systèmes, il est impossible que nous en donnions aux autres une idée nette et précise.

sième système nous disent : « Pour être *justes*, vous devez « faire telle action et vous abstenir de telle autre. »

Quelque nom que l'on donne à ces diverses théories (1) ou à d'autres ayant le même objet (2), nous ne voyons pas encore là le *Droit* proprement dit. Il faut, pour y arriver, que nous prenions l'homme dans une *société civile*, c'est-à-dire que nous le considérions comme *citoyen* d'un *État politique*, comme *sujet* d'un *Gouvernement*.

§ V.

Principe de la SOCIÉTÉ CIVILE et division des POUVOIRS POLITIQUES.

Dès que plusieurs familles ont senti le besoin d'unir leurs forces, et d'en confier la direction à un ou plusieurs chefs, soit pour résister à des ennemis communs, soit pour maintenir la paix entre les individus mêmes qui les composent, il y a eu *société civile*, *pouvoirs politiques*, *gouvernement*.

Nous n'avons pas besoin de rechercher ici quelles ont été, quelles peuvent être, les diverses organisations des sociétés civiles, c'est-à-dire quelles formes ont offert ou peuvent offrir leurs gouvernemens, encore moins quelle est, suivant les circonstances, la meilleure de ces formes ; il nous suffira de présenter quelques idées très générales sur les soins imposés aux chefs des sociétés, ou, en d'autres termes, sur la nature des *pouvoirs politiques*.

A mesure que la civilisation a étendu le cercle des be-

(1) On les appelle ordinairement *Morale* ou *Philosophie morale*, ou bien encore, *Droit naturel*.

(2) La religion nous prescrit aussi des règles à suivre dans nos rapports avec nos semblables, et cette partie de la religion prend le nom de *Morale religieuse*.

soins sociaux, et multiplié les ressources des individus par le développement de leurs facultés intellectuelles, les soins imposés aux gouvernemens sont devenus plus nombreux, et l'exercice des pouvoirs politiques s'est partagé en diverses classes d'agens plus ou moins indépendans les uns des autres.

Ces pouvoirs eux-mêmes ont été généralement divisés en *pouvoir législatif*, *pouvoir exécutif* et *pouvoir judiciaire*. Le célèbre Bentham, dans ses *Traité de Législation civile et pénale*, a critiqué avec raison cette division (1); mais comme elle suffit, malgré ses défauts, au but de cette Introduction, nous nous contenterons de préciser ici les définitions qu'on a données de ces trois pouvoirs.

Par *pouvoir législatif*, on s'accorde à entendre le pouvoir de commandement sur les personnes prises collectivement. Néanmoins, si ce même pouvoir ne s'exerce que dans une partie du territoire national, ou bien si les ordres qui émanent d'une autorité, quoique collectifs, ne sont que des développemens d'ordres plus généraux, ou bien encore s'il ne s'agit que d'ordres essentiellement temporaires, on répugne assez généralement à reconnaître alors le pouvoir législatif proprement dit. Mais si cette répugnance peut avoir quelque raison dans le second cas, elle nous paraît tout-à-fait mal fondée dans le premier et dans le troisième, à moins qu'on ne suppose qu'ils rentrent en même temps dans le second.

Le *pouvoir exécutif* est plus difficile à définir, parce

(1) Les observations de Bentham méritent toute l'attention de ceux qui s'occupent de la *Législation* en général, c'est-à-dire de l'art de faire les lois, ou bien de la *Politique constitutionnelle*, c'est-à-dire de l'art de constituer les sociétés civiles de la manière la plus propre à assurer leur bonheur; elles ne doivent pas non plus être négligées par ceux qui se livrent à l'étude de cette partie du Droit proprement dit qu'on appelle le *Droit public* ou le *Droit administratif*.

qu'il embrasse un très grand nombre de cas entre lesquels il n'existe souvent que fort peu d'analogie : on rapporte d'abord à ce pouvoir celui de commander aux personnes prises individuellement ; on y rapporte aussi le pouvoir de disposer de certaines choses, par exemple, des revenus publics, soit pour procurer à l'État d'autres choses plus utiles, soit pour salarier des services ; enfin on y rapporte même le pouvoir de commandement sur les personnes prises collectivement, dans le cas déjà prévu à l'alinéa précédent, où il ne s'agit que de simples développemens d'un ordre plus général. La seule idée que ces mots : *pouvoir exécutif*, paraissent présenter constamment, c'est celle d'un pouvoir subordonné à celui que nous avons appelé tout à l'heure *pouvoir législatif*.

Le pouvoir *judiciaire* suppose aussi l'exercice antérieur du pouvoir législatif : le Juge ne fait (1) que déduire d'un ordre général, c'est-à-dire d'un commandement collectif, les commandemens individuels qui s'y trouvent renfermés. Mais le caractère particulier du pouvoir *judiciaire*, c'est qu'il ne s'exerce que sur la demande d'une partie intéressée, soit d'un simple particulier, soit d'une collection de particuliers représentés par un mandataire, soit enfin de l'État entier représenté par certains fonctionnaires publics.

Nous sommes maintenant en état de développer la première partie de notre définition du *Droit*.

Les commandemens du pouvoir législatif, et en général toutes les règles auxquelles le pouvoir exécutif force les particuliers à conformer leur conduite, comme celles

(1) Tel, au moins, nous paraît devoir être l'office du Juge dans un état bien organisé ; mais nous verrons, au paragraphe suivant, que plusieurs peuples anciens et modernes ont accordé bien plus d'extension au pouvoir *judiciaire*.

dont le pouvoir judiciaire garantit l'observation ou réprime la transgression par des peines, voilà l'objet du *Droit* considéré comme science.

Nous comprendrons sous la dénomination de *lois positives* tous les commandemens, toutes les règles que nous venons de caractériser.

L'objet du Droit considéré comme théorie d'art, est l'application de ces lois (presque toujours conçues en termes généraux) aux cas particuliers qu'elles embrassent (1).

Mais ceci a encore besoin de quelques explications.

§ VI.

Développement des idées de LOIS POSITIVES et d'APPLICATION DES LOIS.

Quelle que soit la différence des opinions relativement à la meilleure forme de gouvernement, on convient que le pouvoir de commandement individuel, et surtout celui d'agir immédiatement sur la personne ou sur les biens des individus (c'est-à-dire le pouvoir *exécutif* tel qu'il est dans la plupart des cas, et le pouvoir *judiciaire* tel qu'il est toujours), ne doivent s'exercer que conformément à des règles générales que chaque individu ait pu connaître à l'avance, c'est-à-dire conformément à des lois *promulguées*.—Ceci va nous conduire à la définition précise de ce qu'on appelle *faire l'application des lois*.

Les lois étant des règles générales qui s'adressent à

(1) En tant que théorie d'art, le Droit prend souvent le nom de *Jurisprudence*, et ce dernier mot, dans une deuxième acception, qui s'écarte peu de la première, sert encore à indiquer l'habitude d'appliquer d'une certaine manière les règles de la théorie, ainsi l'on dit : *La jurisprudence des arrêts, la jurisprudence de telle cour, de tel tribunal.*

tous les individus appartenant à la même société (1) ou du moins à une classe plus ou moins nombreuse de ces mêmes individus, *faire l'application d'une loi*, c'est reconnaître que tel ou tel cas particulier est compris dans une disposition générale ayant force de loi, et qu'en conséquence il y a lieu d'exiger de tel individu qu'il fasse ou s'abstienne de faire telle ou telle action.

Mais, quelque évidente que paraisse cette nécessité de promulguer les règles dont les pouvoirs sociaux veulent obtenir l'observation, elle a cependant été méconnue chez la plupart des peuples peu avancés en civilisation; elle l'est même encore chez quelques unes des nations les plus civilisées de l'Europe moderne : à côté des *lois écrites* (c'est le nom qu'on donne ordinairement aux lois promulguées), on a admis, on admet encore, comme pouvant servir de base aux décisions des magistrats, et par conséquent comme règles de conduite pour les citoyens, ce qu'on appelle les *principes de l'équité* ou *du droit naturel* (2); plus souvent encore des *précédens* (3) judiciaires, autrement appelés *la jurisprudence des arrêts*.

En recherchant, dans les paragraphes qui vont suivre, quelles doivent être les diverses branches du Droit con-

(1) Quelquefois les lois d'un peuple s'adressent même à des étrangers. Voyez ce qui sera dit plus loin de la *Politique internationale*.

(2) Les rédacteurs de nos Codes se sont montrés bien peu conséquens, lorsqu'après avoir déclaré solennellement que les lois ne sont exécutoires qu'en vertu de leur promulgation, ils ont autorisé le juge à juger dans certains cas d'après les *principes de l'équité*. (Voyez article 565 du Code civil.)

(3) En Angleterre, le système des *précédens* est encore en pleine vigueur, malgré les efforts de Bentham et de ses nombreux partisans. A la vérité, quelques personnes ont défendu ce système d'une manière assez spécieuse, en disant qu'il faut considérer les *décisions judiciaires* comme la preuve d'une loi anciennement promulguée mais dont le texte s'est perdu.

sidéré : 1^o comme science , 2^o comme art , nous raisonnons d'abord dans le système qui ne reconnaît comme objets du Droit que les produits du pouvoir législatif , c'est-à-dire des *lois promulguées* ou *proprement dites* ; sauf à examiner ensuite , si dans l'hypothèse opposée , il y aurait quelque autre branche à ajouter , soit à la science , soit à la théorie , ou du moins si l'admission d'une nouvelle classe d'élémens ne forcerait pas à modifier les divisions établies dans la première hypothèse.

§ VII.

Divisions du DROIT considéré comme SCIENCE.

Commençons par faire remarquer que la connaissance de toutes les lois qui ont été publiées dans les différens temps et chez les différens peuples , est un objet d'étude beaucoup trop vaste pour qu'on n'ait pas senti le besoin de le diviser. D'ailleurs , la plupart des hommes peuvent se contenter (1) de connaître les lois par lesquelles ils sont régis , c'est-à-dire celles qui règlent leur conduite envers les autres hommes , et réciproquement la conduite des autres hommes envers eux.

En conséquence , on a d'abord divisé les lois d'après la différence des nations pour lesquelles elles ont été faites , *lois romaines* , *lois françaises* ; ensuite on les a divisées

(1) Néanmoins , nous verrons tout à l'heure que la connaissance des lois qui ont précédé celles par lesquelles on est actuellement régi , et même la connaissance d'une *législation morte* et qui n'a jamais été en vigueur dans le pays auquel on appartient , peuvent être , sinon nécessaires , au moins très utiles comme moyens de bien connaître la législation actuelle et de devenir habile dans l'art de l'appliquer. — Nous nous servons ici du mot *législation* que nous emploierons plus loin dans un autre sens , pour exprimer une certaine collection de lois : *la législation française* , *la législation ancienne* , *la législation commerciale*. Le mot *Droit* est pris aussi quelquefois dans une acception qui ne diffère de celle que nous venons de donner au mot *législation* ,

d'après la différence des époques où elles ont été en vigueur, *lois mortes*, *lois vivantes* (1).

Cela posé, remarquons encore que si le but que nous nous proposons (sinon toujours, au moins presque toujours) en étudiant la législation actuelle de notre pays, est de nous mettre en état de suivre et de faire suivre aux autres les règles de conduite que cette législation prescrit, l'étude d'une législation *morte* ne peut avoir le même but; ce n'est pas non plus, au moins ordinairement, dans cette intention qu'on étudie une législation *étrangère*. Il est donc fort possible (et c'est effectivement ce qui est) que la science ne procède pas absolument de la même manière dans ces différens cas.

En conséquence, nous traiterons d'abord exclusivement de l'étude du droit *national et vivant*; et nous examinerons ensuite si le même plan, si les mêmes divisions sont applicables lorsqu'il s'agit d'une législation *morte* ou d'une législation *étrangère*.

Les dispositions des lois qui nous régissent ont besoin

qu'en ce qu'elle embrasse quelque chose de plus; ainsi, sous ces expressions, *Droit ancien*, *Droit romain*, on réunit aux monumens législatifs d'une époque ou d'un peuple les décisions des magistrats qui les ont appliqués et les travaux des jurisconsultes qui ont éclairé cette application.

(1) La législation nationale peut être, ou une législation tout-à-fait indigène, ou un amalgame de lois créées dans le pays avec des lois étrangères qui y ont été admises; ainsi, dans une partie de l'Allemagne, le Droit romain et le Droit canonique sont en vigueur à côté des lois d'origine germanique. — Dans plusieurs États, les lois se distinguent en lois générales, qui régissent également toutes les parties du territoire, et lois locales, qui ne s'appliquent qu'à une province, un district, une ville. — Dans le moyen âge, on a vu la législation d'un même État se partager d'une manière bien plus singulière: par exemple, dans l'empire des Bourguignons les sujets romains vivaient sous la loi romaine, tandis que les Bourguignons obéissaient à la loi bourguignone.

de nous être connues dans tous leurs détails; il faut qu'elles puissent se placer, se retenir et se retrouver facilement dans notre mémoire. Or, pour nous faire arriver à ce résultat, la science emploiera deux procédés : 1^o une *nomenclature* bien faite; 2^o une bonne *classification*. — Ainsi :

1^o Elle déterminera exactement le sens des mots techniques; si la nomenclature actuelle est vicieuse, tout en nous la faisant connaître, elle cherchera à la remplacer par une nomenclature meilleure (1); en perfectionnant sans cesse la langue de la science, elle tendra à obtenir ce résultat, que la ressemblance ou la différence des mots annonce exactement les rapports de ressemblance ou de différence qui existent entre les idées que ces mots expriment.

2^o La science établira entre les objets du Droit des divisions et subdivisions qui, séparant tout ce qui diffère et réunissant tout ce qui se ressemble, permettront de résumer en un petit nombre de propositions générales des séries nombreuses de vérités particulières; elle disposera les faits qui composent la science de manière à faire, autant que possible, passer les personnes qui l'étudient du connu à l'inconnu, du simple au composé, et de la règle générale aux exceptions (2).

Nous ayons supposé jusqu'à présent, dans ce paragra-

(1) On sait combien l'introduction d'une meilleure nomenclature dans la Chimie a hâté les progrès de cette science.

(2) Lorsque nous nous occuperons plus loin du plan à suivre dans l'enseignement et dans l'étude du Droit, nous verrons qu'avant d'appliquer ces deux procédés scientifiques aux objets d'une législation donnée, on peut en faire une application, en quelque sorte abstraite, en considérant ce qui forme en général la matière de toutes les législations; les jurisconsultes allemands en font l'objet d'un chapitre de ce qu'ils appellent la *Partie générale du Droit*, dénomination à laquelle nous nous proposons de substituer celles de *Prolegomènes généraux du Droit*.

phie, que les règles établies par les *lois proprement dites* étaient les seuls élémens de la science du droit ; si l'on admet que des *précédens* ou *usages*, et même les *principes du droit naturel* ou de *l'équité*, peuvent aussi servir de base aux décisions judiciaires et aux actes administratifs, il est évident qu'à côté de l'étude des lois proprement dites viendra se placer l'étude de ces *précédens* et de ces *principes d'équité* ou de *droit naturel* (1).

Ces deux objets nouveaux de la science donneront-ils lieu simplement à une nouvelle application des mêmes procédés ?

Il me semble qu'ils exigeront (surtout le dernier) un procédé scientifique de plus. En effet, 1^o les lois sont des faits évidens (2) : leur promulgation les porte à la connaissance de tout le monde ; mais, au contraire, des *usages* sont souvent difficiles à constater ; il faudra donc que la science détermine les signes auxquels on devra en reconnaître l'existence ; 2^o quant aux *principes du droit naturel* ou de *l'équité*, les nombreuses controverses dont ils ont été l'objet dans tous les temps démontrent assez combien il importe que la science en détermine les vrais caractères (3), et qu'elle nous donne des règles pour les bien reconnaître.

(1) Dans ce système, il n'est pas étonnant qu'on ait appelé *Droit*, en ajoutant à ce mot une épithète, comme celle de *non écrit* ou *naturel*, l'ensemble de ces *précédens* et de ces *principes* : puisque les pouvoirs sociaux en garantissent l'observation, c'est comme s'ils avaient été transformés en lois. Reste seulement la difficulté de les découvrir.

(2) Si l'on élève quelquefois la question de savoir si telle disposition est loi, c'est qu'en faisant une loi nouvelle, le législateur n'explique pas toujours assez clairement quelles sont les dispositions anciennes qu'il entend abroger. Au reste, la solution de cette question appartient à l'art d'interpréter, et par conséquent au Droit considéré comme théorie d'art ; elle peut faire l'objet d'un chapitre des *Prolégomènes*.

(3) La difficulté de s'entendre à ce sujet est un des plus forts argumens en faveur du système qui repousse du Droit toutes autres règles

Parlons maintenant de l'étude des législations *mortes* ou *étrangères*.

Les motifs qui nous portent à étudier une législation *morte* sont de deux espèces :

Ou bien nous voulons , comme législateurs , y chercher un modèle pour améliorer notre législation ,

Ou bien nous y cherchons , comme jurisconsultes , l'origine de nos lois actuelles et un moyen de les interpréter.

Dans l'un comme dans l'autre cas , fixer dans notre mémoire toutes les dispositions de cette législation , de manière à retrouver facilement chacune d'elles , n'est pas le résultat auquel nous visons ; les procédés de *nomenclature* et de *classification* ont par conséquent une bien moindre importance.

Laissant à ceux qui s'occupent de l'art de faire les lois le soin de déterminer quelle espèce d'instructions peuvent offrir au législateur les législations *mortes* , et comment en conséquence il doit les étudier , nous remarquerons , quant au jurisconsulte , que parmi ces législations il n'en est guère que deux dont la connaissance lui importe ; savoir : 1^o la législation *ancienne* du pays dont il étudie le droit actuel , et 2^o la législation *romaine*. Comme l'utilité qui peut en résulter se rapporte aux opérations qui sont l'objet du Droit considéré comme théorie d'art , avant d'examiner de quelle manière ces législations doivent être étudiées , nous devons rechercher quelles sont

de conduite que celles qui sont solennellement établies par les lois positives. Il est assez bizarre que les jurisconsultes qui admettent ces règles d'équité ou de Droit naturel , comme devant servir , aussi bien que les lois , de fondement aux décisions judiciaires , n'aient pas eu soin de diviser leurs *Traité de Droit* en deux parties , l'une pour les lois positives , l'autre pour les lois naturelles.... , ou du moins qu'ils n'aient pas , comme Pothier , considéré chaque matière du Droit sous un double rapport : *le for intérieur* et *le for extérieur* (expressions de Pothier , qui ont un peu vieilli).

en général les diverses branches du Droit considéré comme théorie d'art.

Quant aux législations *étrangères*, sans doute nous les étudions quelquefois dans la seule intention de connaître les règles de conduite qu'elles prescrivent, car l'empire de nos lois n'est pas sans limites (1); et nos relations avec les sujets d'un autre État doivent, dans certains cas, se régler d'après les lois de cet État : or il est évident qu'alors l'étude des lois étrangères doit se faire de la même manière que l'étude des lois nationales. Mais plus ordinairement l'étude d'une législation étrangère est entreprise par ceux qui, s'occupant de l'art législatif, tendent à améliorer les lois de leur pays ; et, dans cette hypothèse, l'observation que nous venons de présenter en traitant des législations mortes, devient parfaitement applicable.

§ VIII.

Des diverses branches du DROIT considéré comme THÉORIE D'ART.

L'objet du Droit considéré comme *théorie d'art* est de nous donner des règles pour bien appliquer (2) les lois,

(1) Toute loi, indépendamment des difficultés particulières que sa rédaction peut offrir, est susceptible de faire naître cette triple question, sur laquelle le législateur n'a pas toujours soin de s'expliquer : *quelles sont les limites de la puissance législative, par rapport : 1° aux personnes, 2° aux temps, 3° aux lieux ?* Quelquefois les législateurs ont au moins l'attention de poser quelques principes généraux pour aider le juge à résoudre cette question importante ; mais plus souvent ils laissent à la science tout ou presque tout à faire à ce sujet ; c'est en conséquence encore un point dont il convient de s'occuper dans les *Prolegomènes du Droit*, qui embrasseront toutes les questions susceptibles d'être traitées, abstraction faite de toute législation particulière.

(2) Nous n'avons plus à parler ici des procédés qui appartiennent à la science, comme celui par lequel on découvre tel principe d'équité,

ou toute autre espèce de préceptes (1) généraux (2) auxquels un gouvernement a voulu que ses sujets conformassent leurs actions (3).

Chaque individu a besoin de savoir bien appliquer à ses propres actions les lois de son pays; mais les juges et les administrateurs étant en outre dans le cas d'appliquer tous les jours ces mêmes lois aux actions des autres, c'est principalement à eux (et en même temps aux avocats ou officiers ministériels dont la profession est de donner des conseils à leurs concitoyens, ou de les représenter devant les tribunaux, ou de les assister dans les actes de la vie civile, etc.) que s'adressent les règles

ou par lequel on reconnaît l'existence de tel *précédent* ou de telle *coutume*, supposé qu'on pût admettre ces élémens du Droit à côté ou à la suite des lois proprement dites; nous considérons maintenant le jurisconsulte comme étant en possession des règles, et nous recherchons seulement de quelle manière il doit les appliquer à tel individu, à tel cas particulier.

(1 et 2) Ce sont les préceptes du *Droit naturel* ou de l'*équité* que nous avons en vue; dans les pays où les pouvoirs politiques en assurent l'exécution comme celle des lois, il faut bien que la théorie du Droit s'occupe de leur application; et, quoique, suivant nous, dans un État bien organisé, les lois dussent être les seules règles auxquelles la puissance sociale accordât sa sanction, nous avons jugé convenable de faire au moins apercevoir ce que dans un autre système le jurisconsulte aurait à faire.

Mais ces préceptes sont-ils en effet *généraux*? S'ils n'étaient que des décisions particulières, analogues aux instructions que nous donnent immédiatement nos différens sens, les observations qui suivent cesseraient de leur être applicables, et je ne vois pas comment alors ils pourraient être l'objet d'un art: il n'y a point d'art qui nous enseigne à trouver tel son aigu, telle saveur acide, etc.

(3) Les *précédens* étant nécessairement individuels, il est évident qu'il n'y a point lieu à leur égard au raisonnement logique (*sylogisme*); il s'agit seulement de reconnaître la similitude entre les espèces c'est-à-dire, entre le cas qui se présente aujourd'hui et celui sur lequel l'autorité judiciaire a statué autrefois.

composant la *Théorie du Droit*; nous verrons même tout à l'heure que quelques unes de ces règles ne peuvent être mises à profit que par eux, et que dans tous les cas la connaissance de ces mêmes règles ne servirait de rien aux autres hommes, si elles étaient méconnues par les magistrats.

Appliquer une loi ou tout autre précepte conçu en forme de proposition générale, ce n'est autre chose qu'en déduire une des propositions particulières qui s'y trouvent comprises. Lorsque la loi est clairement rédigée, lorsque le précepte se révèle d'une manière nette et précise, ce travail est facile pour tous les esprits justes, il n'exige d'autres règles que celles qui sont l'objet d'un cours ordinaire de Logique, cours que tous les élèves ont sans doute suivi avant d'entreprendre l'étude du Droit.

Mais, 1^o les expressions dont le législateur s'est servi pouvant être obscures ou équivoques (1), l'application des lois nécessite souvent un travail préparatoire : celui d'en déterminer le véritable sens. C'est là ce qu'on appelle *interpréter* les lois. — Il faudra examiner d'abord jusqu'où l'interprétation peut s'étendre, et quels en sont les moyens; il faudra ensuite, si l'on veut devenir habile dans cette partie du Droit, s'exercer à faire l'application (2)

(1) Si l'on suppose que les préceptes de Droit naturel ne sont point évidens, il faudra qu'on nous trace des règles pour les reconnaître; mais cette opération ne se confond-elle pas avec la découverte du précepte, et n'appartient-elle pas, comme nous l'avons dit dans une note précédente, au Droit considéré comme science?

(2) Cette application peut quelquefois avoir lieu d'une manière en quelque sorte abstraite, c'est-à-dire sans avoir précisément égard à aucune législation spéciale, attendu qu'il est des difficultés d'interprétation que toutes les législations font naître: telle est la question de l'*effet rétroactif*, celle de la *personnalité* ou de la *réalité* des lois ou statuts, celle de la *collision des droits*, etc. Nous pourrions nous occuper de ces difficultés dans un des chapitres de cette *Introduction*.

des règles de *l'interprétation* à de nombreux exemples pris soit dans la législation nationale, soit dans une législation morte.

Ce n'est pas à cela que se borne la *Théorie du Droit*.

2^o Le législateur fait dépendre souvent l'effet de sa disposition d'un *événement* dont l'existence peut être mise en question. Nous aurons donc besoin de règles pour constater de pareils événemens.—Mais pour faire mieux connaître tout ce que la *Théorie* peut avoir à faire à ce sujet, il est nécessaire que nous anticipions sur le travail de nomenclature qui doit être l'objet de l'un des chapitres des *Prolégomènes*, et que nous définissions les mots *obligation* et *droit* (ce dernier pris dans une troisième acception), par lesquels on désigne les effets de la loi.

On appelle *obligation* l'effet de la loi considéré par rapport à la personne à qui la loi ordonne de faire ou de ne pas faire une action (1).

On appelle *droit* ce même effet de la loi considéré par rapport à la personne qui est appelée à recueillir immédiatement le bénéfice de l'action ou de l'omission.

Cela posé, remarquons que les *événemens* dont le législateur fait dépendre l'effet de sa disposition, sont : ou des actes illicites de l'homme, ou des actes licites, ou toute autre espèce d'événemens.

Dans tous les cas, un premier procédé de l'art juridique aura pour objet la *preuve des événemens légaux* lorsqu'ils viennent à être contestés. Déterminer comment cette preuve sera faite, par qui elle devra l'être, et

(1) Le mot *obligation* se prend quelquefois dans une acception plus restreinte : au lieu de correspondre à toute espèce de *droits*, les obligations alors sont seulement les devoirs qui ne lient qu'un seul individu déterminé, ou tout au plus quelques individus nominativement désignés. C'est le sens du mot *obligatio* dans les écrits des jurisconsultes romains.

contre qui il faudra décider, si l'on ne parvient pas à une certitude complète, voilà ce que la *Théorie* doit en outre enseigner ; et tout cela doit être appris non seulement par les juges chargés de recevoir et d'apprécier les *preuves* ; mais par tous les individus , puisqu'en définitif leurs droits peuvent toujours devenir illusoires par le défaut de preuves, tout événement contesté étant réputé non avenu jusqu'à ce qu'on en prouve l'existence.

3° Lorsqu'il s'agira de faits humains, soit licites, soit illicites, ce ne sera point assez de constater ce que ce fait a de sensible, de matériel, de physique, si je puis ainsi m'exprimer ; l'intention de l'auteur du fait étant un des élémens constitutifs de l'événement considéré sous le point de vue légal , il faudra toujours caractériser cette intention, et ce sera à la *Théorie du Droit* à nous apprendre tout ce qui peut avoir quelque influence à cet égard : erreur, crainte, ivresse, aliénation mentale, etc.

4° Le fait consiste-t-il dans une simple déclaration de volonté ; cette déclaration , exprimée par les signes du langage, sera souvent douteuse à cause de l'acception vague ou équivoque des mots dont on se sera servi. Il faudra donc que le Droit nous trace les règles de l'*interprétation des discours ou écrits particuliers*, comme il nous enseigne à interpréter les déclarations du pouvoir législatif.

5° Ce n'est pas tout encore ; lorsque l'événement qui donne ouverture à une disposition légale est un acte illicite, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de remplacer un droit méconnu par un droit plus fort, la nature et la quotité de ce dernier droit dépendront d'une appréciation du *dommage éprouvé* : pour réparer le mal, il faut d'abord en connaître l'étendue ; or, rien n'est souvent plus difficile que de fixer les *dédommagemens* dus à la personne lésée ; en effet, les fixera-t-on d'une manière abstraite,

c'est-à-dire en ayant seulement égard à la sensibilité du commun des hommes; ou bien tiendra-t-on compte, dans chaque cas, de la sensibilité particulière de l'individu? Cette branche de la Théorie juridique, qui a pour objet ce qu'on appelle les *dommages-intérêts* (1), est sans contredit l'une des plus importantes et des plus difficiles.

§ IX.

Utilité de l'étude de L'ANCIEN DROIT, c'est-à-dire du Droit qui a précédemment régi la nation dont on veut connaître le Droit actuel.

Lorsque nous traiterons des moyens que l'on peut employer pour découvrir la pensée du législateur, nous verrons que l'un des plus efficaces est l'étude des lois qui ont successivement régi la nation dont on veut connaître le Droit actuel. Cette étude, dont il est difficile de séparer celle des institutions politiques, de la religion et des mœurs, qui ont concouru, avec les lois proprement dites, à amener l'état de choses actuel, est ordinairement divisée en deux parties :

1^o On considère d'abord d'une manière générale les grandes révolutions politiques et législatives par lesquelles le pays est arrivé à ses constitutions et à ses lois actuelles; on remarque les tentatives qui ont pu être faites pour composer un Code général; les systèmes qui ont été considérés par les législateurs comme fondemens de la théorie législative, les obstacles que la réforme des lois a rencontrés, soit dans les préjugés nationaux, soit

(1) Comment expliquer cet assemblage bizarre du mot *dommages* et du mot *intérêts*? Serait-ce une traduction barbare de l'expression *quod propter damnum interest*? Les anciens commentateurs ont intitulé leurs traités sur cette matière : *De eo quod interest*; il y en a un du célèbre Dumoulin.

dans quelque influence étrangère, etc. — Cette partie de l'*histoire du Droit* est ce qu'on appelle aujourd'hui en Allemagne l'*histoire externe*.

2° On fait ensuite pour chaque matière du Droit en particulier, ce qu'on a fait pour l'ensemble : on la suit dans ses transformations successives, on remarque l'influence qu'ont exercée sur elle les systèmes généraux de législation qui ont dominé tour à tour, etc. — On a donné le nom d'*histoire interne* à ces recherches, qu'il nous semble impossible de détacher du Cours approfondi du Droit actuel (1), pour en faire l'objet d'un enseignement séparé.

§ X.

Utilité de l'étude du DROIT ROMAIN.

L'utilité que l'étude du *Droit romain* présente encore aujourd'hui, même chez les peuples pour qui ce Droit n'a jamais été une législation vivante, ne peut être bien comprise si on ne considère avec soin la nature des divers élémens qui composent ce qu'on a l'habitude d'appeler, assez mal à propos peut-être, le *Droit romain* (2).

Cette dénomination s'applique communément à l'ensemble, 1° des compilations que Justinien a fait rédiger et

(1) Nous avons déjà indiqué plusieurs acceptions du mot *droit*; nous avons vu que, joint à un nom de nation, ou à une dénomination d'époque, il signifie ordinairement la *collection des lois* de tel peuple, de telle époque, avec les *travaux des jurisconsultes* qui ont interprété ces lois. Qu'on ne nous objecte pas que Justinien a donné force de lois à tout ce qui compose ce que nous appelons le *Droit romain*; il faut s'attacher à la nature même des choses, plutôt qu'aux dénominations que Justinien a trouvé bon d'employer.

(2) Nous expliquerons plus tard la différence que nous faisons entre un *Cours élémentaire* et un *Cours approfondi*; et nous verrons que cette distinction est surtout nécessaire lorsqu'il s'agit de l'enseignement d'une législation vivante.

promulguer comme lois, et 2^o des constitutions qu'il a publiées depuis la confection de ces mêmes compilations. Les deux parties principales du *Droit romain* sont le *Digeste*, qu'on appelle aussi les *Pandectes*, et le *Code*.

Si ces recueils, auxquels Justinien a prétendu donner force de lois, étaient de véritables *Codes*, c'est-à-dire des *collections de lois proprement dites*, telles que sont nos différens Codes français, il ne serait pas plus utile d'étudier aujourd'hui le *Droit romain*, au moins dans les pays où il n'a été, ni adopté pour faire partie du *Droit national*, ni même pris pour modèle par le législateur, que d'étudier les lois de tout autre peuple ancien : cette étude serait certainement moins utile que celle des lois d'une nation contemporaine (1). Mais :

1^o Il faut remarquer que les recueils de Justinien renferment bien moins des lois, que des applications qui avaient été faites, par les jurisconsultes ou par les magistrats, des lois promulguées du temps de la république ou sous les premiers empereurs. Or, les jurisconsultes romains, dont les décisions nous ont été conservées par Justinien, se distinguent presque tous par une doctrine profonde et par une excellente logique. — En conséquence, dans tous les pays où, au lieu de présenter des décisions particulières, comme le font si souvent les recueils de Justinien, les Codes ne contiendront que des dispositions générales; toutes les fois que les jurisconsultes reconnaîtront que ces dispositions sont semblables à celles dont les jurisconsultes romains ont fait l'application, il est

(1) Il est facile d'en apercevoir la raison; les sujets d'un État peuvent avoir des relations avec les sujets ou le gouvernement d'un État voisin, et par conséquent ils peuvent avoir besoin de connaître les lois de cet État qui, dans certains cas, devront régir les relations dont il s'agit. (Voyez ci-dessus, la note du § VIII, et, dans les *Prolégomènes*, le titre : *De l'étendue et des limites de la puissance des lois*.)

évident qu'ils pourront tirer des recueils de Justinien (avec une confiance qui ne doit pas cependant exclure l'examen) les diverses applications faites pour ainsi dire à l'avance de ces dispositions communes à la législation romaine et à la législation vivante qui fait l'objet de leurs études : les mêmes dispositions générales devant engendrer aujourd'hui les mêmes difficultés, l'expérience des jurisconsultes romains éclairera les jurisconsultes modernes dans l'application de nos lois actuelles.

2° Les recueils de Justinien présentent, en outre, des vues de classification et de méthode (1) qui peuvent encore nous être utiles aujourd'hui, puisque les législations modernes et la législation des romains ont, en général, pour objet les mêmes matières.

3° Enfin ces recueils renferment d'excellens préceptes sur la théorie des preuves, sur l'appréciation des dommages et sur l'interprétation des volontés particulières. Or, ces préceptes sont applicables aujourd'hui comme du temps des Romains ; 1° puisque les lois de tous les peuples modernes, de même que les lois romaines, font souvent dépendre les droits ou obligations qu'elles établissent de l'existence de certains événemens dont il est nécessaire de rapporter la preuve (2), si celui qu'ils obligent

(1) Nous ne voulons parler, ni de la division d'aucune des compilations justiniennes, ni même de la distribution des fragmens qui en composent les différens titres ; mais de certaines distinctions établies par les jurisconsultes romains entre les droits ou les obligations, entre les événemens qui les font naître ou qui les font cesser, entre les choses et les services qui sont l'objet des droits. — Nous sommes loin toutefois d'approuver toutes leurs divisions ; on s'en apercevra bien par notre *Chrestomatie*. — Nous devons dire aussi que les jurisconsultes romains ne sont pas toujours très heureux en définitions, surtout quand ils se jettent dans les étymologies ; leur nomenclature est en général peu satisfaisante.

(2) Quelquefois le législateur lui-même détermine ce qui devra

vient à les dénier; 2^o puisqu'elles laissent nécessairement, ainsi que les lois romaines, à l'arbitrage du juge presque tout ce qui a rapport à la criminalité des actions, à l'estimation du dommage, à la quotité et à la nature des dédommagemens (1); et, 3^o puisqu'elles consacrent, ainsi que les lois romaines, la faculté de s'imposer de nouvelles obligations ou de disposer de ses droits.

§ XI.

De l'HISTOIRE LITTÉRAIRE DU DROIT, c'est-à-dire de l'Histoire de ce que nous appelons le DROIT dans la première acception de ce mot.

Lorsqu'une branche quelconque des connaissances humaines a été cultivée pendant un certain temps, elle doit avoir son histoire; cette histoire est celle des efforts qui ont été faits pour amener la science ou théorie d'art, dont il s'agit, au point où elle est aujourd'hui.

On appelle ordinairement ce genre d'histoire, *l'histoire*

être considéré comme *preuve* de certains événemens; par exemple en France un écrit signé des parties est la *preuve légale* de certaines conventions; il est évident qu'alors le *Droit romain*, qui admettait la preuve testimoniale dans tous les cas (sauf peut-être une ou deux exceptions), ne peut offrir aucun secours aux jurisconsultes modernes. Mais sur les questions de savoir *à qui incombe la preuve, contre qui dans le doute le juge doit décider, etc.*, combien d'instructions utiles ne trouvons-nous pas dans les écrits des jurisconsultes romains!

(1) A l'égard des *dédommagemens* dus aux particuliers lésés, le législateur romain avait au contraire cherché, plus que les législateurs modernes, à restreindre le pouvoir du magistrat ou du juge; ainsi la réparation due à la personne volée était fixée au double ou au quadruple de la valeur de l'objet volé. Remarquez qu'il ne s'agit plus dans ce cas d'une simple opinion des jurisconsultes romains pouvant servir de guide aux jurisconsultes modernes, mais bien d'un exemple législatif à suivre ou à ne pas suivre dans les nouveaux Codes.

littéraire. On peut faire une histoire des sciences en général, c'est l'*histoire littéraire universelle*; ou bien une Histoire particulière de cette science ou théorie d'art. On a prétendu que l'histoire littéraire de toute science ou théorie d'art pouvait se diviser en trois parties, dont la première avait pour objet les hommes qui ont cultivé cette science, considérés sous le point de vue des progrès qu'ils lui ont fait faire (1); la seconde, les ouvrages par lesquels l'édifice scientifique s'est élevé peu à peu; et la troisième, toutes les circonstances accessoires qui ont influé sur les hommes ou sur les ouvrages, telles que la forme de l'enseignement, les divers systèmes qui ont successivement eu la vogue, les méthodes qui ont été usitées, etc.

Mais, nous ne pensons pas qu'il soit possible de séparer la partie de l'histoire littéraire qui a pour objet les ouvrages, et à laquelle on donnerait le nom de *bibliographie*, de l'histoire de ceux qui ont publié ces ouvrages, histoire que l'on désignerait par le mot *biographie*, ni de l'histoire des circonstances qui se rapportent en même temps et aux uns et aux autres. Cela ne nous empêche pas de reconnaître l'utilité des catalogues, soit d'auteurs, soit d'ouvrages, catalogues qui, sous la forme de *tables*, offrent en quelque sorte des résumés de l'*histoire littéraire*.

Quant aux avantages qu'on peut retirer de cette histoire elle-même, ils ne nous semblent pas avoir besoin d'être démontrés. N'est-il pas évident que, si nous voulons éviter les écueils où nos devanciers ont fait naufrage, les détours où ils se sont égarés, nous devons nous enquérir de la route qu'ils ont suivie et des obstacles qu'ils ont rencontrés.

(1) Cette partie contient évidemment l'histoire des écoles ou sectes entre lesquelles peuvent se partager ceux qui ont cultivé la science dont il s'agit.

Aureste, je ne pense pas, comme quelques personnes, qu'il faille commencer l'étude d'une science par son histoire; apprenons d'abord ce qui a été découvert jusqu'à nous, ce n'est qu'alors que nous pourrions raisonnablement penser à faire de nouvelles découvertes, et qu'il nous sera utile d'étudier la route par laquelle on est arrivé aux anciennes (1).

(1) Hugo fait de l'*histoire littéraire du Droit*, qu'il désigne par ces mots, *histoire de la culture du Droit* (*geschichte der Bearbeitung*), une branche de l'*histoire externe des lois*, c'est-à-dire du Droit dans le sens de *collection des règles dont un gouvernement ordonne et assure l'observation*; du moins, il place l'histoire des travaux des jurisconsultes romains dans son histoire externe des lois (*lato sensu*) qui ont successivement régi les Romains. Cela vient, peut-être, de ce qu'il considère les jurisconsultes comme concourant avec le législateur à la formation du Droit qui gouverne un pays. Mais quand même on admettrait cette opinion, il ne s'ensuivrait pas, ce me semble, que l'on dût s'abstenir de faire une histoire séparée de la partie des travaux des jurisconsultes qui ont eu simplement pour objet la connaissance et l'interprétation des lois.

Dans le système de M. Hugo, il y aurait autant d'*histoires fractionnaires de la science du droit*, qu'il y aura d'*histoires du Droit* lui-même pris dans le sens de *collection de lois*. Nous devons faire observer que depuis Justinien, l'histoire de la culture du Droit devient pour M. Hugo l'objet d'un ouvrage spécial auquel il donne le titre d'*histoire savante du Droit* (*juristische und meist civilische gelehrte geschichte*), et, dans lequel il ne s'occupe guère que des jurisconsultes qui ont travaillé sur le Droit romain. Peut-être ce célèbre professeur entend-il qu'indépendamment de ces histoires spéciales des travaux juridiques, il y aurait une *histoire générale de la science du Droit*; comme, indépendamment des histoires spéciales des lois qui ont régi les différents peuples, il y aurait une *histoire générale des lois*, dont l'ouvrage que M. Pastoret a publié sous le titre d'*histoire de la législation*, peut être cité comme un essai.

§ XII.

Des SCIENCES ou THÉORIES D'ART, avec lesquelles le DROIT a plus ou moins de ressemblance.

Nous avons déjà (§ II, IV et V) distingué le *Droit* de plusieurs sciences ou théories d'art ayant, comme lui, les actions humaines pour objet; avant de signaler ses rapports avec d'autres connaissances dont nous n'avons pas encore parlé, il est utile de rappeler ce que nous avons dit plus haut des premières.

Et d'abord, sans revenir sur les divers systèmes par lesquels on a prétendu expliquer la conduite de l'homme envers ses semblables, nous ferons remarquer que la *Morale* (1), ou le *Droit naturel* (2), en tant que science, recherche les mobiles de notre volonté, les divers caractères de nos actions, leur influence sur nous mêmes et sur nos semblables; tandis que le *Droit proprement dit* a pour objet la connaissance des commandemens adressés aux individus par les pouvoirs politiques de la société dont ces individus font partie: en tant que théorie d'art, la *Morale* ou le *Droit naturel* trace à tous les hommes des règles de conduite dont la sanction (3) est en dehors

(1) Je ne parle pas ici de ce qu'on appelle la *Morale religieuse* qui est une branche de la science qu'on appelle la Religion. Nous parlerons plus loin de la *Religion* en général.

(2) Nous ne répéterons pas notre profession de foi à l'égard de ce *Droit naturel*, que l'on prétend exister indépendamment de la *Morale*, et auquel on suppose une base autre, tout à la fois, que l'intérêt bien entendu, et qu'un sens ou sentiment particulier reconnu par quelques philosophes sous le nom de *sens moral*. — Ce n'est guère, à ce que je crois, que depuis Thomasius qu'on a voulu distinguer le *Droit naturel* de la partie de la *Morale* qui traite des rapports de l'homme avec ses semblables.

(3) On entend par *sanction* d'une règle de conduite les avantages

des peines ou des récompenses que les gouvernemens peuvent distribuer; tandis que la théorie du *Droit* ne concerne exclusivement que l'opération d'appliquer les commandemens sociaux (ordinairement conçus en termes généraux) aux cas particuliers qui s'y trouvent compris.

La *Politique constitutionnelle* (1), que l'on peut considérer comme une branche de la *Morale*, considère les hommes principalement sous le point de vue des associations politiques qu'ils peuvent former : elle recherche quelles sont les formes de gouvernement les plus convenables en raison des mœurs, du caractère, des lumières et de la religion des peuples, en raison du nombre des citoyens et de l'étendue du territoire; enfin, en raison de la force d'un État comparée à celle des autres États qui pourraient l'attaquer. Comme théorie d'art, la *Politique constitutionnelle* a pour objet d'établir des règles, auxquelles on donne souvent le nom de *lois* (*lois fondamentales* ou *constitutionnelles*), mais qui ne sont pas du nombre de celles dont le pouvoir judiciaire assure l'observation ou punit l'infraction (2); elle n'a donc pas même un contact aussi immédiat avec le *Droit proprement dit* (3) que la

ou les inconvéniens qui doivent résulter de l'observation ou de la violation de cette règle. — C'est par la différence de leurs sanctions que se distinguent les lois proprement dites, ou *positives*, et les règles qui sont l'objet de la *Religion* ou de la *Morale*.

(1) Quelques personnes appellent cette science, le *Droit constitutionnel*, ou bien la *Théorie des gouvernemens*.

(2) La sanction des règles du *Droit constitutionnel*, que ces règles soient ou non solennellement déclarées dans ce qu'on appelle *Constitution*, *Charte* ou *Loi fondamentale*, n'est autre que celle des règles de la *Morale* en général, savoir : suivant le système de Bentham, les dangers auxquels s'exposeraient les gouvernans et les gouvernés en s'écartant de ces mêmes règles, et les avantages qu'ils obtiennent, au contraire, en les observant.

(3) Il faut remarquer néanmoins, comme nous le développerons

Législation que nous avons déjà appris à ne pas confondre avec lui : et, quoiqu'on lui ait souvent donné le nom de *Droit constitutionnel* (1), il est impossible de ne point saisir tout de suite les caractères qui distinguent cette science ou théorie d'art, de celle qui fait la matière de cette Introduction.

Après la *Morale* ou *Droit naturel* (2), la science ou théorie qu'on a le plus souvent confondue avec le *Droit*, c'est sans contredit la *Législation*. Trop souvent les législateurs eux-mêmes ont agi comme s'ils n'étaient que de simples jurisconsultes (3), et les jurisconsultes ont fréquemment usurpé l'office du législateur (4).

Il est cependant bien facile de tracer la ligne de démarcation : la *Législation* recherche quels sont les besoins

dans le paragraphe suivant, que le jurisconsulte a besoin de connaître les résultats que cette science, plus ou moins dans l'enfance, ou plus ou moins voisine de sa perfection, a amenés successivement dans l'État où il vit.

(1) C'est sans doute parce que les *Constitutions* écrites contiennent souvent des dispositions qu'il aurait fallu laisser dans le domaine de la *Législation*, que quelques personnes ont confondu les produits de la *Politique constitutionnelle* avec les *lois proprement dites* : ne voit-on pas encore tous les jours disputer sur la question de savoir quelles sont les dispositions d'un *acte constitutionnel* qui peuvent être modifiées ou abrogées par le pouvoir législatif ?

(2) Nous avons déjà fait remarquer que, dans un certain système, la branche de la *Morale* qui règle les rapports d'un homme avec ses semblables, ou en d'autres termes le *Droit naturel*, devient véritablement une partie du *Droit*.

(3) Voyez les recueils de Justinien, et quelquefois aussi les Codes de fabrication moderne, principalement le Code prussien, non seulement dans sa première forme où il s'appelait le Code Frédéric, mais même tel qu'il est aujourd'hui (quoique sous ce rapport la nouvelle édition soit bien supérieure à la première).

(4) Le législateur n'abdique-t-il pas au profit des magistrats une partie de sa puissance, lorsqu'il leur permet de juger d'après l'*Équité* ou suivant les *principes du Droit naturel* ?

des peuples, et comment il est possible d'y pourvoir par des lois proprement dites, elle trace des règles de conduite à ceux qui sont investis du pouvoir législatif; le *Droit* étudie les produits de la *Législation*, et c'est au pouvoir judiciaire qu'il adresse ses préceptes.

Les rapports que des hommes réunis en corps de nation peuvent avoir avec d'autres hommes composant une autre nation, ont donné naissance à une nouvelle science ou théorie d'art, qu'on appelle souvent le *Droit des gens* ou le *Droit international*, mais qu'il me paraît plus convenable d'appeler la *Politique internationale*.

Ces rapports sont de deux espèces :

Ou bien on considère isolément les membres d'une nation par rapport à une autre nation ou par rapport aux individus qui composent celle-ci ;

Ou bien on considère une nation à l'égard d'une autre nation, chacune d'elles formant une sorte de *personne morale* qui représente tous les individus qui en font partie.

La *Politique internationale*, en tant qu'elle a pour objet cette seconde classe de rapports, n'a guère de contact avec le *Droit* proprement dit, elle doit plutôt être considérée comme une branche de la *Morale* ; ses règles n'ont d'autre sanction que celle qui, en l'absence des lois et des pouvoirs politiques, assurerait l'observation des règles de la *Morale* : nous ne voyons nulle part des fonctionnaires publics qui soient chargés de les faire exécuter (1).

Mais, les règles que la *Politique internationale* nous donne sur les rapports des membres d'une nation avec les

(1) On a souvent parlé des *Féciaux* chez les Romains : si leur mission était d'éclairer l'emploi que la nation romaine faisait de sa puissance à l'égard des autres peuples, il est évident qu'ils n'ajoutaient rien à cette puissance; leur rôle était donc plutôt celui d'un ami qui conseille, que celui d'un pouvoir qui oblige.

individus qui appartiennent à une autre nation, touchent plus immédiatement aux règles dont la connaissance et l'application forment le patrimoine du jurisconsulte : nous en expliquerons la raison au § suivant; il nous suffira maintenant de préparer cette explication, en distinguant ces règles (comme on peut distinguer en général toutes les règles de la *Politique internationale*) en deux classes : 1^o celles qui ont été reconnues par des traités intervenus entre les nations, ou par des déclarations unilatérales, mais solennelles; 2^o celles qui sont restées dans le domaine de la science, soit que les nations s'y conforment d'ailleurs universellement, soit que l'autorité de ces règles soit encore aujourd'hui un objet de controverse. De là la distinction qu'on a souvent faite entre le *Droit des gens* qu'on appelle *naturel*, *théorique* ou *spéculatif*, et celui qu'on appelle *positif* ou *écrit*.

Parmi les connaissances auxquelles on ne s'est point avisé d'étendre le nom de *Droit*, il en est une qui cependant a au moins autant de rapport avec le *Droit proprement dit*, que plusieurs de celles dont nous venons parler, c'est la *Religion*. Comme le *Droit*, la *Religion* nous donne des règles de conduite (1); comme le *Droit*, à côté d'une partie scientifique (la connaissance des saintes Écritures), elle nous présente une théorie d'interprétation (l'herméneutique du vieux et du nouveau Testament). Tel est d'ailleurs le rapport étroit de la *Religion* avec le *Droit*, que la première pourrait rendre l'autre superflu : chez un peuple qui joindrait au bonheur de connaître la vraie religion celui de la pratiquer fidèlement, l'office du législateur, et par conséquent le domaine du *Droit*,

(1) Son cercle est plus étendu que celui du *Droit* : elle embrasse toutes nos actions, et par conséquent celles-là même qui n'ont aucune influence sur le bonheur de nos semblables.

se réduirait presque à rien. — Les fausses religions même ont été quelquefois un auxiliaire utile de la Législation ; mais bien plus souvent, par des superstitions atroces, par d'absurdes pratiques, ou du moins par des institutions contraires au développement de l'intelligence et de la liberté humaines, elles ont fait mille fois plus de mal aux hommes, que tout le bien qu'on aurait pu espérer d'elles.

La science ou l'art de l'*Education* n'est pas aussi sans avoir quelque contact avec le *Droit*. Ses rapports avec la *Législation* sont toutefois bien plus intimes : la plupart des vérités sur lesquelles repose l'art d'élever les enfans sont absolument les mêmes que celles qui servent de base à l'art législatif ; l'*Education* est dans la main du gouvernement un levier non moins puissant que la *Législation* : en effet, remarquons (en parlant tour à tour dans le sens des différens systèmes de Morale) que par elle le gouvernement peut : 1° donner au *sens moral* plus d'activité ; 2° faire mieux apparaître dans notre intelligence la grande loi de la *justice* ou du *devoir* ; 3° rendre plus évidente l'intime dépendance qui existe entre notre intérêt bien entendu et le bonheur de nos semblables ; par l'*Education*, le Gouvernement peut encore assurer l'empire de la Religion révélée (1), dont les commandemens sont nécessairement d'accord avec les besoins de l'humanité et avec le *dictamen* de la raison humaine, puisque ces besoins et cette raison sont l'ouvrage de Dieu même ; par l'*Education*, le Gouvernement peut donner aux jeunes gens des habitudes conformes à l'intérêt général ; il peut placer des jugemens tout faits et conformes à ce même intérêt dans la mémoire des individus dont la faible in-

(1) C'est surtout en nous la présentant dans notre jeune âge, que l'on parvient à graver dans notre esprit l'idée d'une autre vie et celle des peines et des récompenses qui nous y attendent.

telligence ne reconnaîtrait peut-être pas dans tous les cas, l'intime liaison du bonheur individuel avec le bonheur de tous; enfin, il peut exalter les sentimens utiles à la société, et affaiblir les sentimens pernicioeux; etc.

Les caractères qui distinguent le Droit de cette science, sont trop évidens pour que nous prenions la peine de les indiquer; nous nous serions même abstenus de cette comparaison entre des sciences si diverses, si nous n'y avions trouvé l'occasion de déterminer, mieux que nous ne l'avions fait jusqu'à présent, l'objet d'une autre science ou théorie (la *Législation*) dont les rapports avec le *Droit* sont si intimes, que son étude doit, ainsi que nous le verrons au § suivant, occuper le premier rang parmi les études auxiliaires de l'étude du Droit.

§ XIII.

Des ÉTUDES AUXILIAIRES de l'étude du DROIT.

Dans le § précédent nous avons recherché les caractères essentiels qui distinguent le *Droit* de diverses sciences ou théories d'art qui ont avec lui plus ou moins de ressemblance, soit quant à leur objet, soit quant à leur but; nous devons maintenant signaler les études que l'on peut considérer comme des auxiliaires indispensables, ou du moins fort utiles, de l'étude du Droit.

Qu'un jurisconsulte ne puisse pas être étranger aux vérités que nous enseigne la *Philosophie de l'esprit humain*, et qu'il ait besoin surtout de connaître la partie de cette science qu'on appelle la *Philosophie morale* ou simplement la *Morale* (1), c'est ce qui résulte déjà assez clai-

(1) Le *Droit naturel*, dans le système de ceux qui considèrent ses règles comme ayant la même force que les lois proprement dites, ou

rement des réflexions que nous avons présentées au § IV sur l'origine de l'idée de *Droit*; mais on en sera bien mieux convaincu tout à l'heure, lorsque, après avoir vu combien l'étude de la *Politique constitutionnelle* et de la *Législation* sont nécessaires au jurisconsulte, on remarquera que ces deux sciences ont pour base la connaissance des facultés de l'homme, celle de ses besoins, de ses sentimens, de ses intérêts, etc. Enfin, l'utilité de cette étude nous apparaîtra sous de nouveaux aspects, lorsque nous observerons que les diverses branches de la théorie du Droit, savoir : l'interprétation des lois et des volontés particulières, l'appréciation des témoignages humains, et celle des actes licites ou illicites (au moins sous le rapport de la liberté du consentement et de l'intention de nuire), enfin l'estimation des dommages et la fixation des indemnités, supposent toutes, des opérations presque impraticables à celui qui n'aurait aucune connaissance des vérités que la *Philosophie* nous enseigne (1).

Puisque nous n'avons pu déterminer précisément la nature de l'idée de *Droit*, et les nombreux procédés que le *Droit* embrasse comme théorie d'art, sans distinguer les diverses sortes de pouvoirs politiques, il est bien évident que les principes de la science (appelée la *Politique constitutionnelle*) qui s'occupe de définir ces pouvoirs, ne peuvent être ignorés des jurisconsultes. Sans doute, il ne leur sera pas nécessaire d'étudier cette science dans tous ses détails, mais il faut au moins qu'ils sachent quelle application les principes constitutionnels ont reçue dans le

comme ayant du moins une autorité subsidiaire, ne serait point seulement une science auxiliaire du Droit, mais une partie du Droit même.

(1) Pour constater les faits, que la mauvaise foi dissimule si souvent, et pour apprécier le degré de confiance que méritent les diverses sortes de preuves, le jurisconsulte n'a-t-il pas besoin d'étudier tous les replis du cœur humain ?

pays dont ils doivent appliquer les lois et principalement quelles y sont les limites du pouvoir judiciaire.

La science, ou plutôt la théorie d'art, qui mérite au plus haut degré d'être étudiée par ceux qui aspirent à une connaissance approfondie du *Droit*, c'est la *Législation*. En effet, le principe fondamental sur lequel repose l'art d'appliquer les lois, c'est que le juge n'est que le ministre du législateur, et que par conséquent les jugemens doivent être toujours d'accord avec l'esprit de la loi; or, le plus sûr moyen de bien saisir la pensée du législateur, n'est-ce pas de se mettre en quelque sorte à sa place? Transportez dans un atelier, dans une manufacture, deux individus, dont un seul connaît la théorie de l'art dont on va faire des applications sous leurs yeux, ce dernier ne devinera-t-il pas sans peine le motif d'une multitude d'opérations ou des mouvemens qui seront, au contraire, de véritables énigmes pour le premier (1)?

En recherchant, au § précédent, les rapports de la *Politique internationale* avec le *Droit*, nous avons suffisamment fait apercevoir l'utilité que peut offrir au jurisconsulte la connaissance, sinon de cette science entière, au moins de l'une de ses branches.

Parmi les connaissances dont il n'a point encore été question, l'*Histoire des peuples* est la première qui se recommande au zèle de ceux qui aspirent à devenir jurisconsultes; en effet, l'*Histoire du Droit* en prenant le mot *Droit* dans le sens de *collection des lois qui régissent une nation*, se lie étroitement à l'*Histoire générale* de cette nation, elle n'en est même, en quelque sorte, qu'une partie détachée.

(1) Toutefois, la *Législation* ne se présente ici que comme science auxiliaire du *Droit*, elle ne doit pas apprendre aux jurisconsultes à jamais substituer leurs opinions à celle du législateur, mais seulement les aider à comprendre ce que celui-ci a voulu.

La connaissance de la *Grammaire générale* (1) et celle de la *Logique* (2), ne sont-elles pas évidemment indispensables pour l'art d'interpréter les lois et les actes particuliers?

Parmi les *Langues* dont la connaissance importe au jurisconsulte, celle-là occupe sans contredit le premier rang, dans laquelle sont écrites les lois qu'il devra appliquer. — Si, dans le pays que ces lois régissent, d'autres *Langues* sont parlées par le peuple ou par une partie du peuple, il est évident que le jurisconsulte aura besoin de les connaître, soit pour interpréter les conventions et autres actes particuliers, soit pour apprécier des aveux faits en justice, soit pour reconnaître le délit d'injure qu'on voudrait faire résulter de telle ou telle qualification, etc.

Un autre ordre de considérations peut rendre plus ou moins nécessaire au jurisconsulte la connaissance soit d'une *Langue morte*, soit d'une *Langue étrangère* (3). En effet, 1^o nous avons fait voir quels immenses avantages peut encore résulter aujourd'hui de l'étude du *Droit romain* : or, il est évidemment impossible de se livrer à cette étude sans connaître la *Langue* des lois romaines, la *Langue* dans laquelle les jurisconsultes du siècle d'Alexandre Sévère ont écrit ces ouvrages qui sont devenus l'objet d'une admiration universelle (4); 2^o parmi les *Langues*

(1) Comment, en effet, le jurisconsulte attachera-t-il à chaque phrase, à chaque mot de la loi, sa juste valeur, s'il ignore les principes de la *Grammaire générale*, et s'il n'a point fait une étude approfondie de la *Langue* particulière dans laquelle sont écrites les lois qu'il doit interpréter?

(2) Comment se mettra-t-il en garde contre les sophismes des autres et contré ses propres erreurs, si la *Logique* lui est étrangère?

(3) Nous entendons ici par *Langue étrangère* toute *Langue* vivante qui n'est, ni celle des lois qu'on étudie, ni celle du pays ou d'une partie du pays que ces lois régissent.

(4) La connaissance de la *Langue grecque* n'est pas sans utilité

modernes, l'*Allemand* est sans contredit celle que les jurisconsultes ont aujourd'hui le plus d'intérêt à connaître ; c'est en Allemagne que le Droit est maintenant cultivé avec le plus de succès : depuis le milieu du siècle dernier, l'Allemagne a fourni à elle seule plus de jurisconsultes distingués que tout le reste de l'Europe, et, malheureusement pour les étrangers, c'est depuis cette même époque que les jurisconsultes allemands ont presque tous abandonné, dans leurs leçons et dans leurs ouvrages, l'usage de la Langue latine.

L'*Économie politique*, dont l'un des objets est de déterminer les conditions qui influent sur la valeur des choses, n'est-elle pas aussi une étude bien utile au jurisconsulte, qui est si souvent dans le cas d'estimer les dommages et de fixer la réparation due à la personne lésée (1) ?

Nous pourrions signaler encore parmi les connaissances qui peuvent être utiles au jurisconsulte, au moins dans quelques affaires : 1^o quelques branches de la *Médecine* (qu'on réunit ordinairement sous le nom de *Médecine*

relativement à l'étude du Droit romain ; les *Basiliques*, recueil publié par un des successeurs de Justinien, contiennent la traduction en grec, d'un nombre infini de fragmens des anciens jurisconsultes romains ; et quelquefois tel passage, qui, dans la compilation justinienne, offre une lacune ou une altération, se trouve complété ou éclairci par sa comparaison avec le passage correspondant des *Basiliques*. Le plus célèbre des jurisconsultes français, Cujas, a fait un grand usage de cette dernière compilation et de quelques autres livres de Droit grec. Cependant nous ne plaçons pas l'étude du grec parmi les études qui importent le plus au jurisconsulte ; et, selon nous, le temps qu'il faudrait pour apprendre cette Langue, sera mieux employé à étudier la Langue allemande.

(1) Nous retrouvons encore ici la *Morale* parmi les sciences dont la connaissance est nécessaire au jurisconsulte ; comment en effet apprécier le tort qu'un individu éprouve, si on ignore les causes qui influent sur la sensibilité humaine ?

légale), par exemple, pour reconnaître si la mort d'un individu a été naturelle ou violente, si un enfant est arrivé à terme, etc.; 2^o celle de quelques parties de la *Chimie*, pour juger les délits d'altération des monnaies ou de falsification d'écritures, etc.; 3^o celle de l'*Art vétérinaire*, dans les procès résultant de la vente de certains animaux; etc. (1). — Mais il est évident que la plupart des hommes ne pourraient suffire à des études si nombreuses; et un magistrat scrupuleux préférera toujours consulter, sur les questions de ce genre, les savans qui se sont spécialement occupés de la science à laquelle la question se rapporte, que de s'en tenir aux connaissances, presque toujours superficielles, qu'il aura pu acquérir lui-même sur des matières si étrangères à ses études habituelles.

Nous n'avons eu en vue dans les réflexions qui précèdent que le jurisconsulte occupé spécialement du Droit privé ou des affaires judiciaires (2); que serait-ce si nous con-

(1) Nous pourrions ajouter encore ici l'*Art de vérifier les dates*, l'*Art de lire les anciens manuscrits*, et ce qu'on a coutume d'appeler la *Statistique*. — La connaissance des mœurs locales et des idiomes particuliers aux diverses provinces, n'est-elle pas aussi à chaque instant nécessaire pour interpréter les conventions ou autres actes particuliers et pour bien comprendre les dépositions des témoins en matière civile ou criminelle? — Enfin, pour apprécier certains dommages, pour juger les contrefaçons de procédés industriels et déterminer le tort qui en est résulté, ne faut-il pas souvent joindre aux données que fournissent la *Morale* et l'*Économie politique*, une multitude d'autres connaissances de toute espèce?

(2) Il est évident que le jurisconsulte qui se destine à la carrière du barreau ou bien aux fonctions du ministère public, doit étudier l'*Art d'exprimer ses pensées*, toujours avec clarté, et même dans quelques occasions, avec éloquence; celui qui se consacre spécialement aux affaires de commerce doit nécessairement avoir une teinture des opérations commerciales, de la tenue des livres, etc.

sidérons le jurisconsulte administrateur ou le magistrat chargé de résoudre les grandes questions du Droit public? Presqu'aucune des sciences qui se rapportent à l'organisation des sociétés humaines, ne pourra lui rester étrangère.

§ XIV.

PLAN général des Etudes nécessaires au jurisconsulte.

Pour achever cette Introduction, il nous reste à examiner : 1^o dans quel ordre les diverses études nécessaires au jurisconsulte doivent être faites (1), et 2^o quelles méthodes il convient d'adopter, soit pour l'exposition des *faits* (2) qui sont l'objet du Droit considéré comme science, c'est-à-dire, des *lois proprement dites* (3), soit pour l'explication des règles que le Droit considéré comme théorie d'art, nous donne pour l'application des lois.

1^o On reconnaît assez généralement que l'étude des *Lan-
gues* doit être l'occupation du premier âge ; il est incon-

(1) Il faut remarquer que, dans la plupart des États modernes, le gouvernement a lui-même déterminé l'ordre des études auxquelles sont obligées de se livrer les personnes qui aspirent à certaines fonctions ou professions. Nous aurons soin d'indiquer par des notes, les modifications que notre Plan d'études reçoit en France, en vertu des réglemens qui concernent l'étude du Droit.

(2) Je donne ici au mot *faits* un sens très large, dans lequel il est presque synonyme des mots *vérités* ou *opinions scientifiques* : tout ce que l'homme perçoit est un *fait* ; c'est dans ce sens qu'on distingue les *phénomènes* ou *faits extérieurs*, des *faits de conscience* ou *faits intérieurs*, les *faits physiques* et *physiologiques*, des *faits moraux* ou *psychologiques*, etc.

(3) En supposant, ce que nous croyons ne pouvoir être admis dans un État bien organisé, que les lois proprement dites ne soient point les seuls préceptes dont les pouvoirs politiques exigent et garantissent l'observation, il y aurait aussi à examiner quelles méthodes conviennent à l'exposition des règles obligatoires que l'on voudrait placer à côté des lois ; nous reviendrons tout à l'heure sur cette hypothèse.

testable au moins, que les Langues sont des instrumens qu'il faut posséder pour pouvoir se livrer à l'étude de la plupart des sciences. — Au reste, il y aurait peut-être à distinguer, au moins quant à la *Langue maternelle* (1) de chaque individu (4), entre l'étude des mots et celle de la syntaxe : l'enfant apprend les mots de lui-même, pour ainsi dire, à mesure que de nouvelles idées se forment dans son esprit ; mais les règles de la syntaxe ne peuvent guère être comprises que par ceux qui ont déjà réfléchi sur les opérations de leur esprit ; cette seconde étude semblerait donc devoir suivre l'étude de la *Philosophie*, dont une branche (celle qui prend le nom de *Grammaire générale*) s'occupe, d'une manière, en quelque sorte, abstraite, du choix et de l'arrangement des signes par lesquels nous fixons nos pensées et parvenons à les communiquer aux autres.

Nous avons vu que parmi les *Langues mortes*, celle dont la connaissance est le plus utile, je dirai même, est presque indispensable au jurisconsulte, c'est la *Langue latine*. — Sans entrer dans l'examen de la question fort controversée aujourd'hui, si on doit commencer à l'apprendre presque au sortir de l'enfance, et surtout si son enseignement doit durer cinq ou six années, ainsi que cela se pratique encore dans plusieurs pays de l'Europe, nous nous contenterons de faire observer que l'étude du *Latin* doit nécessairement précéder les premières études du Droit ; puisque, comme nous le verrons ci-après, l'étude du Droit romain, qui suppose essentiellement la connaissance du *Latin*, est au nombre des études de la première année.

(1) Nous entendons par là la *Langue* que chaque homme a appris dès son enfance, principalement par les soins de sa mère ou de la personne qui lui en a tenu lieu.

Quant aux *Langues étrangères* (1), si on ne les a point apprises avant de commencer l'étude du Droit, on pourra s'en occuper pendant le cours de cette étude (et sans la négliger), en choisissant, pour s'exercer à lire la Langue que l'on veut apprendre, les meilleurs livres de Droit écrits dans cette Langue.

II^o Que l'étude de la *Philosophie* doive précéder l'étude du Droit, c'est ce qui résulte suffisamment des § V et VII de cette Introduction. C'est dans le Cours de *Philosophie* que l'élève apprendra ce qu'il doit penser de ce *Droit naturel* dont quelques personnes ont voulu faire une science distincte de la *Morale*; et c'est dans ce même Cours qu'il doit se fixer sur les véritables bases de la *Morale pratique*.

III^o Il résulte de ces mêmes paragraphes que l'étude de quelques parties de la *Politique constitutionnelle* doit également précéder celle du Droit. Mais remarquons bien que ce qui est indispensable à l'Etudiant en Droit, c'est moins une théorie des gouvernemens, que la connaissance de l'organisation constitutionnelle du pays dont il veut étudier les lois (2).

IV^o L'étude de la *Législation*, quelque utile qu'elle soit pour former le jurisconsulte, ne nous paraît devoir être commencée que lorsque déjà l'élève a acquis quelques connaissances du Droit.

V^o Quant à la *Politique internationale*, il est évident que le jurisconsulte ne devra y chercher le complément de

(1) Nous avons dit plus haut que l'*Allemand* est, à notre avis, la Langue vivante dont la connaissance importe le plus aux jurisconsultes modernes.

(2) Si ces études n'ont pas précédé, on peut y suppléer en donnant à l'*Introduction à l'étude de Droit* un supplément qui aurait pour objet de remplir cette lacune.

certaines dispositions législatives, que lorsque ces dispositions lui seront connues.—Cependant, comme on peut examiner d'une manière générale les questions sur lesquelles le jurisconsulte peut avoir à consulter les traités politiques, lois ou usages qui règlent les rapports des sujets naturels d'un État avec les sujets naturels d'un autre État, il ne sera pas nécessaire d'attendre qu'on ait appris une législation spéciale pour s'occuper de ces questions d'une manière abstraite : elles feront convenablement l'objet d'un chapitre de ce que nous appelons la *Partie générale* ou les *Prolégomènes généraux du Droit*.

Voyons maintenant comment il faudra procéder à l'étude des différentes branches du *Droit* proprement dit.

Commençons par rappeler la distinction que nous avons établie entre le *Droit* considéré comme *science* et le *Droit* considéré comme *théorie d'art*.

(a) Nous avons vu, au § VII, que, comme science, le Droit a pour objet la connaissance des préceptes dont les pouvoirs politiques ordonnent et garantissent l'observation, et nous avons indiqué une *nomenclature* bien faite et une bonne *classification*, comme les moyens qui peuvent nous aider à apprendre et à retenir les nombreuses dispositions qui composent le Droit d'une nation (1).

(1) Si les *lois proprement dites* ne sont pas les seuls préceptes qui soient revêtus de la sanction sociale, si les *règles de l'Équité*, ou en d'autres termes, du *Droit naturel*, doivent, comme les lois, servir de base aux décisions judiciaires, non seulement il faudra étendre à ces règles l'application des procédés scientifiques dont nous venons de parler, mais il faudra préalablement enseigner l'art de les reconnaître, car elles ne jouissent pas de l'avantage, que donne aux lois leur promulgation, d'être en quelque sorte évidentes, ou du moins d'être, quant à leur existence, à l'abri de toute controverse (voyez ci-dessus les § VII et VIII).— Pareille observation peut s'appliquer aux *Précédens*.— Mais, comme dans notre opinion, un gouvernement bien organisé ne doit

(b) Comme théorie d'art, le Droit doit nous apprendre :

- 1^o à interpréter les lois;
- 2^o à constater les événemens qui font naître ou cesser les droits ou obligations ;
- 3^o à apprécier les faits volontaires de l'homme ;
- 4^o à interpréter les déclarations de la volonté particulière ;
- 5^o à estimer les dommages et à fixer les réparations.

Avant d'appliquer les procédés qui constituent la science et la théorie du Droit à une législation donnée, on peut les étudier en eux-mêmes, et pour ainsi dire d'une manière abstraite. Ainsi, on peut rechercher quelles sont en général les bases d'une bonne nomenclature juridique, et à quels caractères ils convient de s'attacher dans la classification des lois ; on peut expliquer quels doivent être, dans tout État bien organisé, le principe et les règles de l'interprétation des lois ; on peut rechercher les élémens qui constituent les preuves judiciaires ; déterminer les circonstances qui doivent modifier les résultats légaux des actes volontaires de l'homme ; indiquer les moyens de découvrir le véritable sens des conventions ou des déclarations unilatérales par lesquelles les particuliers peuvent ou créer ou éteindre des droits ; et enfin, poser les règles que le juge devra suivre dans l'appréciation des dommages, et dans le choix ou la fixation des réparations.

Avant de nous occuper d'aucune législation spéciale, nous aurons donc une *Partie générale du Droit* (1), la-

reconnaître pour élémens du Droit, que les lois proprement dites, on ne sera pas surpris si, dans la suite de cet ouvrage, nous nous occupons exclusivement des lois.

(1) Nous avons déjà dit que nous nous proposons d'appeler cette Partie les *Prolégomènes généraux du Droit*.

quelle aura pour objet tous les procédés, scientifiques ou théoriques, dont nous venons de parler (1); on pourra même faire l'application de l'un de ces procédés, (savoir, l'*Art d'interpréter les lois*) à certaines questions que toutes les Législations font naître, et notamment à la question de savoir : *Quelles sont les limites de la Puissance des Lois par rapport aux Personnes, aux Temps et aux Lieux.*

Dans quel ordre convient-il d'appliquer ensuite ces mêmes procédés aux diverses Législations (2) que l'on désire connaître? et, d'abord, l'étude du Droit national doit-elle précéder celle des Législations mortes ou étrangères?

Nous avons vu que les Législations mortes dont l'étude peut être utile aux juriconsultes sont : 1^o la *Législation ancienne* du pays dont on veut connaître le Droit actuel, et 2^o la *Législation romaine*.

L'étude de la *Législation ancienne* se confond avec l'*Histoire interne* du Droit actuel; or, nous avons déjà dit que cette histoire ne nous paraissait pas pouvoir se détacher du Cours approfondi, dont ce même Droit doit

(1) Dans le cas où l'on diviserait, comme nous le proposons ci-après, l'enseignement d'une Législation spéciale en deux Cours : l'un *élémentaire* et l'autre *approfondi*, on pourrait n'expliquer d'abord (avant de commencer le premier Cours) que les procédés de *classification* et de *nomenclatures* et réserver pour servir en quelque sorte d'Introduction au Cours *approfondi*, l'explication des autres procédés que nous venons d'indiquer.

(2) Nous verrons ci-après, que la même Législation devra être l'objet de deux Cours, dont le premier n'offrira que l'application des procédés de la science, tandis que le deuxième aura pour objet l'application des règles de l'interprétation. — Nous examinerons en même temps quelle place doivent occuper l'étude de ce qu'on appelle l'*Histoire externe du Droit* et celle de l'*Histoire littéraire*.

être l'objet et dont nous déterminerons la place ci-après.

Quant au *Droit romain*, nous ne partageons point l'avis des personnes qui ont prétendu qu'il devait être enseigné avant le Droit national. Nous n'argumenterons pas cependant de ce que, le Droit romain devant servir à éclairer le Droit national, c'est uniquement dans ses rapports avec ce même Droit qu'il doit être étudié, ce qui supposerait un enseignement simultané; nous convenons qu'il est impossible de montrer de prime abord aux élèves en quoi chacun des principes du Droit romain se rapproche ou s'éloigne des principes du Droit national, et comment, en conséquence, telle ou telle décision des jurisconsultes romains doit ou ne doit pas être suivie aujourd'hui.— Le *Droit romain* nous semble devoir être, comme le *Droit national*, l'objet de deux Cours: dans le premier on enseignera ce Droit sans établir aucune comparaison entre ses dispositions et celles du Droit national; et ce sera seulement dans le deuxième Cours qu'on s'occupera des applications dont nous venons de parler.

VI et VII^o Cela posé, nous ne voyons pas pourquoi le Cours élémentaire de Droit romain ne viendrait pas en concurrence avec un Cours de Droit national. Nous examinerons plus loin quel devra être le caractère de ce dernier Cours; et nous reviendrons sur l'étude du Droit romain après que nous aurons déterminé l'ordre d'étude à établir entre les diverses parties du Droit national.

VIII^o Quant aux *Législations étrangères*, il faut leur appliquer ce que nous avons dit de la *Politique internationale*. Le jurisconsulte ne les étudie que comme complément de la Législation de son pays, il est donc convenable qu'il ne s'en occupe qu'après avoir étudié celle-ci.

Il nous semble que l'étude du *Droit Privé* doit pré-

céder celle du *Droit Public* (1); toutefois, à l'exposition des principes constitutionnels en vigueur dans le pays dont on veut étudier le Droit, exposition qui, comme nous l'avons dit plus haut (voyez n° II), doit précéder l'étude du *Droit proprement dit*, il conviendra de joindre quelques dispositions du *Droit public*, telles que celles qui déterminent le mode de publication des lois, etc.

Le *Droit privé national* devrait être l'objet de deux Cours (2), dont l'un *élémentaire*, dans lequel on enseignerait seulement les *principes*, sans chercher à prévoir les difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans leur application; et l'autre *approfondi*, où l'on montrerait aux élèves combien une disposition générale peut engendrer de questions, et comment la nouvelle législation peut s'éclair-

(1) Nous ferons cependant une exception pour quelques branches du *Droit privé*: les dispositions *spéciales* qui concernent certaines professions (le *commerce*, par exemple), ou certaines choses (par exemple, les *mines*, les *eaux et forêts*), sont ordinairement réunies, dans les Codes et dans l'enseignement, à des dispositions de *Droit public*; et c'est cette réunion qui donne naissance à ce que Bentham appelle les *Codes mixtes*. La *Procédure civile* est aussi un mélange de *Droit public* et de *Droit privé*.

Il est évident que les Cours qui ont pour objet ces *matières mixtes*, ne peuvent venir qu'après ceux qui s'occupent *exclusivement* soit du *Droit privé*, soit du *Droit public*.

(2) Il n'en est pas ainsi dans la plupart des Facultés de Droit de France, quoique nous lisions l'article suivant dans un règlement fait en 1807: « Chaque professeur du Droit français divisera son Cours triennal sur le Code civil, ainsi qu'il suit: la première année, après un « précis historique des variations de notre Droit français, il expliquera, « d'une manière purement élémentaire, la totalité des matières de notre « Code civil: il suffira, pour cette première année, que l'étudiant entend bien le texte, et connaisse parfaitement les principes généraux, « l'ordre et la liaison des matières. » — A la vérité, l'exécution de ce règlement fut suspendue à l'égard de la Faculté de Droit de Paris, et il paraît que la suspension n'a jamais été levée.

rer par la législation ancienne, par les décisions judiciaires (1), etc.

Pour bien comprendre cette distinction entre les Cours *élémentaires* et les Cours *approfondis*, nous devons expliquer ce que nous entendons ici par *principes*.

Le mot *principes* présente en Droit deux acceptions très distinctes. — On peut d'abord entendre par *principes* les buts spéciaux (2) que le législateur s'est proposés relativement aux diverses matières du Droit. — Mais on appelle également *principes*, ou bien *principes généraux*, les mesures principales que le législateur a adoptées à l'égard de chaque matière, pour atteindre autant que possible le but qu'il s'est proposé. — Dans le second sens, le mot *principes* est opposé aux mots *déductions* et *exceptions*; dans le premier sens, ce sont les mots *moyens*, *mesures législatives* qu'on pourrait lui opposer (3).

(1) Nous ajouterions : *et par le Droit romain*, si la comparaison du Droit romain avec le Droit national n'était pas, à elle seule, l'objet d'un Cours.

(2) L'*utilité générale* est le but commun de toutes les lois; ce que cette même utilité exige à l'égard de telle matière du Droit, est ce que nous entendons par un *but spécial*.

(3) C'est ici le lieu de faire observer que lorsqu'il s'agit de l'enseignement du Droit, on appelle ordinairement *méthode dogmatique*, celle qui présente aux élèves les *principes* du Droit de tel ou tel peuple, soit que par *principes* on entende les *buts législatifs* que souvent le professeur n'aura pu découvrir que par l'emploi des règles de l'interprétation, soit qu'on entende les *règles générales* auxquelles le professeur ne sera ordinairement arrivé qu'en résumant en quelque sorte une foule de dispositions particulières. L'on appelle *méthode exégétique*, celle qui expose, au contraire, telles qu'elles ont été promulguées par le législateur, toutes les dispositions législatives, et qui les explique pour ainsi dire une à une. Appliquée aux compilations de Justinien, qui contiennent si souvent tout autre chose que des lois, la méthode exégétique consistera à expliquer chaque texte l'un après l'autre; et comme souvent ces textes se trouveront être des principes auxquels

Un Cours élémentaire devrait offrir les *principes* de l'une et de l'autre espèce; mais souvent les buts du législateur étant difficiles à découvrir, on est forcé de renvoyer la recherche de ces buts au Cours approfondi, et de se contenter d'exposer dans le Cours élémentaire, les mesures générales que le législateur a adoptées pour y atteindre, c'est-à-dire les *principes* dans la deuxième acception du mot.

Ce que nous avons dit plus haut de la simultanéité d'un Cours de Droit national avec le *Cours élémentaire de Droit romain* (1), doit s'entendre d'un *Cours de Droit privé*; et malgré l'usage contraire de quelques Facultés de Droit de France, ce Cours nous paraît devoir être un *Cours élémentaire* qui embrasserait, dans une seule année (comme le Cours de Droit romain, que les élèves suivraient en même temps) tout l'ensemble du Droit privé, à l'exception de quelques dispositions qu'on a coutume de réunir à des dispositions de Droit public, pour en faire l'objet des différens *Cours spéciaux*.

L'étude de l'*Histoire externe* du Droit romain et du Droit français (2) me paraît devoir précéder ces deux Cours élémentaires. — Quant à l'*Histoire interne*, j'ai déjà dit que je ne pensais pas qu'elle pût être séparée des Cours approfondis.

les jurisconsultes romains étaient arrivés, en suivant la méthode dogmatique, il y aura implicitement concours des deux méthodes.

(1) Remarquez que ce n'est guère que la partie privée du Droit romain qui mérite d'être encore aujourd'hui l'objet des études du jurisconsulte; c'est aussi la seule qui soit enseignée en France. Cependant, dans quelques autres pays de l'Europe, l'étude de la partie criminelle pourrait n'être pas sans utilité.

(2) C'est une idée bien singulière que d'avoir renvoyé cette étude à la quatrième année, comme on l'a fait en France, par l'Ordonnance qui a rétabli, en 1829, le Cours d'Histoire du Droit.

Nous croyons inutile d'appliquer au *Droit public* la division de l'enseignement en *élémentaire* et *approfondi*; mais quelques unes de ses branches, par exemple, le *Droit pénal* et la *Procédure criminelle*, doivent être l'objet de *Cours spéciaux*.

VIII à XI. Pendant la seconde année des études de Droit, les élèves devraient : 1^o commencer le *Cours approfondi du Droit privé national*; 2^o suivre les Cours spéciaux de *Procédure civile* (1), de *Droit pénal* et de *Procédure criminelle*. On pourrait joindre à ces études celle de la *Législation*, en se bornant toutefois aux principes généraux, afin de n'y consacrer qu'un tiers environ de l'année scolaire.

XII à XV. Pendant la troisième année d'études, outre la deuxième partie du *Cours approfondi du Droit privé national*, les élèves auraient à suivre : 1^o le *Cours approfondi de Droit romain* (2); 2^o le *Cours de Droit administratif* (3); 3^o les divers Cours spéciaux (mélange de Droit public et de Droit privé) de *Droit commercial*, de *Droit rural et forestier*, etc.

(1) Les élèves qui aspirent seulement aux fonctions d'Avoué ne sont tenus qu'à une seule année d'étude dans nos Facultés de Droit, et suivent, durant cette année, un Cours de Droit privé français (qui n'embrasse à Paris qu'un tiers du Code civil) et le Cours de Procédure. Les autres élèves, en feignant de n'aspirer qu'à ces mêmes fonctions, peuvent également commencer leurs études par la Procédure. Nous n'avons pas besoin d'expliquer ici les considérations qui devraient les engager à ne pas faire usage de cette faculté.

(2) En France, le Cours approfondi du Droit romain n'est pas absolument obligatoire; les élèves ont, à la troisième année, le choix entre ce Cours et le Cours du Droit commercial.

(3) On peut renfermer sous cette dénomination tout ce qui reste de *Droit public* après distraction du *Droit pénal*, de la *Procédure criminelle* et de ce qui entre dans les divers Codes mixtes.

Aux explications que nous avons déjà données sur le *Cours approfondi du Droit romain*, nous croyons devoir ajouter que ce serait folie de vouloir embrasser dans ce Cours la totalité des matières du Droit romain, se bornant-on même au pur *Droit privé*; d'autant plus que la plupart des élèves ne pourront y consacrer probablement qu'une seule année.— Il suffira que le professeur, appliquant la méthode exégétique à quelques uns des livres du Digeste, apprenne aux élèves à faire une juste application au Droit national, des décisions des jurisconsultes romains, en choisissent les questions qu'un état social, semblable sous beaucoup de rapports, doit faire naître aujourd'hui, telles qu'elles se présentaient de leur temps.

xvi à xix. Nous avons supposé que le temps consacré à l'étude du Droit n'excédait pas trois années (2); si on voulait donner à cette étude une année de plus, on pourrait doubler la durée du *Cours approfondi de Droit romain*, donner une année entière à la *Législation*, et réserver les

(1) L'une des branches les plus importantes du Droit administratif est celle qui concerne les rapports du gouvernement avec les ministres des différentes religions; on désigne quelquefois cette branche du Droit administratif, sous le nom du *Droit canonique*; c'est elle qui s'occupe en France de ce qu'on appelle les *libertés de l'église gallicane*. — Le Cours de Droit administratif est placé, chez nous, parmi ceux que les élèves doivent suivre pendant la troisième année.

(2) C'est le tems exigé en France de tous ceux qui aspirent aux fonctions judiciaires ou qui se destinent à la profession d'*Avocat*; ceux qui veulent obtenir le diplôme de Docteur (lequel n'est nécessaire que pour être admis à concourir pour les places de Professeurs et de Suppléans dans les Facultés de droit) sont assujétis à une quatrième année d'études; voici les Cours qu'ils doivent suivre pendant cette quatrième année : 1^o deux Cours de Code civil; 2^o le Cours de *Pandectes*, s'ils ne l'ont pas déjà suivi pendant la troisième année, ou, dans le cas contraire, le Cours de *Droit commercial*; 3^o le Cours d'*Illis-soire du Droit*; 4^o et le Cours du *Droit des gens*.

Cours spéciaux pour la quatrième année; ce serait aussi durant cette quatrième année qu'on développerait l'*Histoire littéraire du Droit* (1), de manière à faire bien apprécier aux élèves toutes les méthodes qui ont été successivement employées; enfin, le *Droit constitutionnel* (2) dans toute son étendue, la *Politique internationale*, et l'*Economie politique*, viendraient compléter les études du jurisconsulte.

Nous terminerons ce paragraphe en faisant remarquer, qu'avant de commencer le Cours de Droit romain (3), on pourra déjà mettre à profit les travaux des grands jurisconsultes du siècle d'Alexandre Sévère, lorsqu'on s'occupera des *Prolégomènes généraux du Droit*; ainsi, en traitant des Classifications en général, on fera connaître les principales vues de ces jurisconsultes à l'égard de ce procédé scientifique et en traitant de l'Interprétation des lois, on en expliquera les règles qu'ils s'étaient tracées dans l'interprétation des lois romaines.

Nous allons commencer à exploiter cette mine féconde d'instruction, en recherchant, dans un dernier paragraphe de cette Introduction, quelles ont été les idées des jurisconsultes romains relativement aux questions que nous venons d'examiner.

(1) Au lieu de faire une *Histoire littéraire générale du Droit*, on pourrait, à chaque branche du Droit, joindre, comme complément, l'*Histoire littéraire* de cette branche.

(2) Ce Cours n'est obligatoire en France que pour les élèves qui veulent obtenir le diplôme de Docteur.

(3) Nous avons dit plus haut que si l'enseignement du Droit romain est divisé en deux Cours, les *Prolégomènes généraux du Droit* (à l'exception de ce qui concerne la *Nomenclature* et la *Classification*) pourront être placés après le Cours élémentaire de Droit romain, et comme une sorte d'introduction à l'étude approfondie de ce même Droit.

§ DERNIER.

Comment les jurisconsultes romains ont défini et divisé le Droit, et comment ils ont envisagé les autres questions traitées dans cette Introduction.

Nous rangerons, autant que possible, dans l'ordre des paragraphes qui précèdent, les passages, soit des compilations justiniennes, soit des diverses sources du Droit antéjustinien, qui nous font le mieux connaître la pensée des jurisconsultes romains.

Nous accompagnerons de quelques réflexions ceux de ces passages qui s'écartent essentiellement de notre manière de voir.

SUR LE § PREMIER.

« *Juri operam daturum prius nosse oportet unde nomen Juris descendat.* » (*Ulp.*, ff. *L. 1*, pp. *de just. et jure.*)

SUR LES § II, III ET IV.

« *Est autem a Justitia appellatum.* » (*Idem*, *eod.*)

« *Justitia est constans ac perpetua voluntas Jus suum cuique tribuendi.* » (*Ulp.*, *L. 10*, pp. *eod.*)

Est-il vraisemblable qu'on ait appelé *Justitia* la volonté de se conformer à certaines règles, avant que ces règles elles-mêmes aient été désignées par le mot *Jus*? N'est-il pas plus probable que *Jus* est tout simplement la contraction de *Jussum*, participe du verbe *Jubere*?

« Nam, ut eleganter Celsus definit, *Jus* est ars boni et æqui.

« Cujus (*Justitiæ*) merito quis nos sacerdotes appellet : *Justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam pro-*

« *fitemur* : æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito
 « discernentes, bonos, non solum metu pœnarum verum
 « etiam præmiorum quoque exhortatione, efficere cu-
 « pientes; veram, nisi fallor, philosophiam, non simula-
 « tam, affectantes. » (*Idem, eod.*)

« *Juris præcepta sunt hæc* : honeste vivere, alterum non
 « lædere, suum cuique tribuere. » (*Id., L. 10, § 1, eod.*)

« *Jurisprudentia* est divinarum atque humanarum re-
 « rum notitia, justî atque injusti scientia. » (*Ibid., § 2*;
Cf. J. tit. 1, § 1.)

Ainsi, suivant Ulpien, le *Droit* (1) (*Jus*) est un *art*,
 et la *Jurisprudence* est une *science*. — Mais les idées de
 ce jurisconsulte sur ce qui distingue l'*art* de la *science*
 étaient-elles bien déterminées? La *Jurisprudence* nous
 apprend-elle ce qui est *juste* ou *injuste*, sans nous donner
 des règles de conduite? Le *Droit* n'est-il qu'une *théorie*
 fondée sur les vérités qui sont l'objet de la *Jurisprudence*?

Suivant le § 1 de la L. 1, *de just. et jure*, l'office du juris-
 consulte est de connaître ce qui est *bon* et *équitable* (*boni*
et æqui notitiam profitemur), de séparer l'*équitable* de
 l'*inique*, de discerner ce qui est *licite* de ce qui ne l'est
 pas (*æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito dis-*
cernentes); je ne vois dans tout cela que de la *science* (2).

(1) Je traduis le mot *Jus* par le mot *Droit*, quoique l'étymologie de
 ces deux mots soit très différente : l'un paraît venir de *rectum*, et l'autre
 de *jussum*.

(2) L'expression *ars æqui et boni* ne s'accorde pas non plus parfaite-
 ment avec l'idée qu'on attache aujourd'hui au mot *art*; il aurait fallu
 dire : *ars æque et bene agendi*. — Le jurisconsulte s'exprime d'une ma-
 nière plus conforme à cette idée dans cet autre passage :

Juris præcepta sunt hæc : honeste vivere, alterum non lædere, suum
 cuique tribuere.

Donner des préceptes, c'est-à-dire, indiquer des actions à faire ou à
 omettre, voilà bien l'objet d'un art... Mais, suivant ce même passage,

A la vérité, ce qui suit, dans ce même paragraphe, semble caractériser un art : *bonos non solum... efficere cupientes...* Mais quel art ? C'est celui du législateur (1) plutôt que celui du jurisconsulte.

D'un autre côté, pourquoi la définition de la *Jurisprudence* est-elle en quelque sorte double ? Qu'est-ce que ces mots, *la science* (2) *du juste et de l'injuste*, ajoutent à ceux-ci, *la connaissance des choses divines et humaines* ? — Je conçois qu'en définissant un art, on indique les *connaissances* qu'il suppose, avant de caractériser la nature et l'objet des *règles* qu'il prescrit ; mais l'objet d'une science n'est-il pas nécessairement un ?

En outre, le premier objet qu'on attribue à la *Jurisprudence* n'absorbe-t-il pas le second ? Le *juste et l'injuste* ne sont-ils pas compris sous la dénomination de *choses divines*, ou sous celle de *choses humaines* ? Qu'est-ce qui ne se range pas sous l'une et l'autre de ces dénominations ? Y a-t-il des choses qui ne soient ni *divines* ni *humaines* ? — Il me semble qu'en vertu de la définition d'Ulpien, on pourrait soutenir que la *Jurisprudence* est la science universelle ; ses limites paraissent même s'étendre au delà de ce qu'il est donné à l'homme de connaître ; car enfin, après l'existence de Dieu même, que tout annonce à nos sens et révèle à notre raison, quelles sont les choses divines à la connaissance desquelles nous

l'art du jurisconsulte ne serait autre chose que la *Morale* ; en effet les préceptes indiqués par Ulpien comme objets du Droit s'adressent à tous les hommes et embrassent toutes leurs actions. — Au reste nous ne concevons pas comment ce jurisconsulte concilierait avec sa définition du Droit la distinction qu'il fait ensuite du *Jus naturale, gentium et civile* : y aurait-il deux ou trois manières de vivre honnêtement, etc.

(1) Ou bien, c'est l'art de gouverner.

(2) Le jurisconsulte a-t-il attaché des idées différentes aux mots *notitia et scientia* ?

pourrions parvenir sans le secours de la révélation ? — Qu'est-ce d'ailleurs qu'Ulpien a pu entendre par *choses divines* ? serait-ce la mythologie païenne ; sont-ce seulement les réglemens politiques sur le culte des Romains ?

On a prétendu justifier Ulpien, en liant la deuxième partie de sa définition à la première, de sorte qu'on lui fait dire simplement, que la Jurisprudence est la science qui considère les choses de toute espèce sous le rapport du *juste*, comme d'autres sciences les considèrent sous le rapport du *beau*, ou sous le rapport de l'*utile*. — Mais il faudrait d'abord avouer que le jurisconsulte a bien mal rendu sa pensée.... Ensuite l'idée de *juste* ne s'attache-t-elle pas exclusivement aux *actions humaines* ? Comment les choses divines seraient-elles *justes* ou *injustes* ? Et, même parmi les choses humaines, c'est-à-dire accessibles à la raison humaine, comment les corps célestes, la chaleur, le vent, la mer, les insectes, les millions d'animaux que le microscope nous découvre, pourraient-ils être considérés sous le rapport du *juste* ?

Ce n'est pas tout ; Ulpien aurait bien dû nous expliquer quelle différence il aperçoit entre le *bon* et l'*équitable*, entre ce qui est *illicite* et ce qui est *injuste* ; et quel sens il attache au mot *honeste* ? — Le mot *æquum* signifie-t-il une *égalité absolue* ou une *égalité proportionnelle* ? en d'autres termes, faut-il, pour que nous soyons *équitable*s, que nous laissions aux autres une part de bien être tout-à-fait égale à celle que nous voulons pour nous-mêmes, ou bien suffit-il que nous laissions à chacun une portion de bonheur proportionnée à sa force physique et intellectuelle ? Le *bon* est-il la même chose que l'*utile* ? Faut-il entendre par *juste* ce qui est conforme à une loi, (*quod iussum est*), alors même que l'*équité* se trouverait blessée ?

Il faut convenir que tout est bien vague dans les définitions d'Ulpien.

Voyons si d'autres jurisconsultes ont eu sur le même sujet des idées plus précises.

Paul s'exprime de cette manière :

« *Jus pluribus modis dicitur :*

« *Uno modo, cum id, quod semper æquum ac bonum est Jus dicitur, ut est Jus naturale ;*

« *Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est Jus civile ;*

• *Nec minus Jus recte appellatur in civitate nostra Jus honorarium.*

« *Prætor quoque Jus reddere dicitur ; etiam cum inique decernit : relatione scilicet facta, non ad id quod ita Prætor fecit, sed ad illud quod Prætozem facere convenit.* »

Voilà encore l'équitable et le bon présentés comme objets du *Droit*, ou plutôt comme le *Droit* lui-même. Le jurisconsulte annonce qu'il n'entend parler que de ce qui est toujours bon et équitable. — Mais quel sens attache-t-il à ces deux mots, *æquum* et *bonum*? Il ne l'explique pas plus qu'Ulpien ; il augmente même l'embarras que nous éprouvons à cet égard, en opposant au bon et à l'équitable qu'il dit être l'objet du *Droit naturel*, l'utile dont il fait l'objet du *Droit civil* (*Jus civile*). — La seule chose qui paraisse résulter assez clairement de ce passage, c'est qu'il y aurait, suivant Paul, deux sciences ou théories d'art, ayant des objets ou des buts différens, savoir l'une, l'équitable et le bon, et l'autre, l'utile ; sciences ou théories auxquelles ce jurisconsulte croit pouvoir néanmoins donner sans inconvénient le même nom, sauf à les distinguer ensuite en ajoutant au mot *Droit* les épithètes *naturel* et *civil*.

Ulpien admet aussi la division du *Droit* en *civil* et *naturel*, mais sans nous dire que l'utile soit la base du premier. — Il admet en outre une troisième espèce de *Droit* qu'il ap-

pelle *Jus gentium*.—Voici comme il définit le *Jus naturale*.

« *Jus naturale* est, quod *natura* omnia animalia docuit,
 « nam *Jus* istud, non *humani generis proprium*, sed om-
 « nium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur,
 « avium quoque, commune est. Hinc descendit maris at-
 « que feminæ conjunctio, quam nos *matrimonium* ap-
 « pellamus : hinc liberorum procreatio, hinc educatio (1);
 « videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam,
 « istius *Juris* peritiâ censerî. »

Je l'avoue, il m'est impossible de concevoir comment il y a un art dans ces opérations de la vie animale qui nous sont communes avec les bêtes sauvages, et bien moins encore, comment cet art peut se définir, l'art du bon et de l'équitable.

Passons à la définition du *Jus gentium*.

« *Jus gentium* est quo gentes humanæ utuntur, quod
 « a *naturali* recedere facile intelligere licet : quia illud
 « omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se, com-
 « mune sit. »

Remarquez bien que ce *Jus gentium* n'est pas ce que beaucoup de personnes appellent aujourd'hui le *Droit des gens*, c'est-à-dire la science des rapports de nations à nations : cette science n'est qu'une branche du *Jus gentium* des jurisconsultes romains, c'est ce que nous voyons par les exemples qu'Ulpien lui-même nous donne, et mieux encore par ceux que les rédacteurs du Digeste ont empruntés à d'autres jurisconsultes :

« Veluti erga Deum religio, ut parentibus et patriæ pa-
 « reamus. (*Pomp., L. 2, de just. et jur.*)

Ut vim atque injuriam propulsemus; nam Jure hoc

(1) Il ne serait pas difficile de prouver que cet exemple est fort mal choisi : quels sont les poissons qui prennent soin de l'éducation de leurs petits ?

« evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fece-
 « rit, *Jure* fecisse existimetur : et, cum inter nos cognā-
 « tionem quamdam natura constituit, consequens est
 « hominem homini insidiari nefas esse. (*Flor.*, L. 3, *eod.*).

« Manumissiones quoque *Juris gentium* sunt, ut pote
 « cum *Jure naturali* omnes liberi nascerentur, nec esset
 « nota manumissio cum servitus esset incognita ; sed
 « posteaquam *Jure gentium* servitus invasit, sequutum
 « est beneficium manumissionis ; et cum, uno naturali
 « nomine, *homines* appellaremus, *Jure gentium* tria genera
 « esse cœperunt, etc. (*Ulp.* L. 4, *eod.*).

« Ex hoc *Jure gentium* introducta bella, discretæ
 « gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini
 « positi, ædificia collocata, commercium, emptiones,
 « venditiones, locationes conductiones, obligationes
 « institutæ, exceptis quibusdam quæ a *Jure civili* intro-
 « ductæ sunt. » (*Hermog.*, L. 5, *eod.*)

On a remarqué avec raison que le passage de Florentinus, que les rédacteurs du Digeste paraissent avoir considéré (1) comme se rapportant à ce qu'Ulpien appelle le *Droit des gens*, appartient plutôt au *Droit naturel* du même jurisconsulte : en effet, tous les animaux ne sont-ils pas disposés à se défendre, plus encore qu'ils ne sont portés à propager leur espèce et à élever leurs petits ?

Au reste, l'idée qu'on nous donne du *Droit des gens* ne se concilie pas mieux avec cette définition, *Jus est ars æqui et boni*, que celle qu'on nous a donnée du *Droit naturel*. L'un et l'autre Droit, d'après les passages ci-dessus, seraient bien moins les parties d'un *art* que des branches de la *science* des actions volontaires de l'homme (2) ; je

(1) Probablement à cause de la phrase : *cum inter nos... hominem homini, etc.*

(2) C'est-à-dire, de la science qui reconnaît nos besoins, nos facul-

dis de l'homme, car je veux bien ne pas prendre à la lettre ces mots d'Ulpien : *cœtera quoque animalia..... istius juris perita censerî* : j'accorde qu'en indiquant certaines actions comme communes à l'homme et aux autres animaux, il n'a point voulu dire qu'elles constituassent des droits dans ceux-ci comme dans l'espèce humaine.

Y a-t-il rien de moins précis que la définition qu'Ulpien donne ensuite du *Jus civile* ?

« *Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit : itaque, cum aliquid addimus vel detrahimus Juri communi, Jus proprium id est civile effecimus.* »

En comparant la division et les définitions d'Ulpien avec celles de Paul, on remarque : 1^o que le *Droit naturel* de celui-ci semble correspondre tout à la fois au *Droit des gens* et au *Droit naturel* du premier ; 2^o que, tandis que, suivant Ulpien, l'objet du *Droit* serait simplement de reconnaître ce qui est ou ce qui se pratique, cet objet, suivant Paul, serait de rechercher ce qui doit être : ainsi, pour savoir si une institution est du *Droit des gens*, Ulpien examine simplement si elle est établie chez les différens peuples ; et pour savoir si elle est du *Droit civil*, il s'assure qu'un peuple l'a admise, en dérogeant au *Droit des gens* ; Paul, au contraire, ne reconnaît pour institution du *Droit naturel*, que celle qui dans tous les temps, dans tous les lieux, sera équitable et bonne ; et pour institution du *Droit civil*, que celle qui est utile à telle ou telle nation en particulier.

tés, les mobiles de notre volonté, etc. — Les mots : *erga Deum religio*, ne permettraient pas même de restreindre le domaine du *Droit* aux actions par lesquelles l'homme influe sur le bonheur de ses semblables.

Gaius a aussi distingué le *Droit* en *Droit civil* et *Droit des gens* : mais il n'admet point le *Droit naturel* comme une troisième espèce de Droit (1) : *Jus naturale* est pour lui la même chose que *Jus gentium*.

« Omnes populi qui legibus et moribus reguntur,
 « partim suo *proprio*, partim *communi* omnium hominum
 « *Jure* utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi *Jus*
 « constitue, id ipsius *proprium* civitatis est, vocaturque
 « *Jus civile*, quasi *Jus proprium* ipsius civitatis; quod
 « vero *naturalis ratio* inter omnes homines constitue,
 « id apud omnes peræque custoditur, vocaturque *Jus*
 « *gentium*, quasi quo *Jure* omnes gentes utuntur. »
 (Gaius, L. 9, ff. de just. et jure.)

Gaius paraît avoir réuni, sous le nom de *Droit des gens*, ce qu'Ulpien a séparé sous ces deux dénominations : *Droit des gens* et *Droit naturel*. — A-t-il, comme Paul, considéré ce qui doit être, plutôt que ce qui est ? Je ne le pense pas : lorsqu'il remarque que la raison humaine est la source du *Droit des gens*, il semble seulement vouloir s'expliquer comment certaines institutions sont communes à tous les peuples.

Quelques autres jurisconsultes paraissent avoir été plus loin que lui : à leurs yeux, ce qui est admis chez tous les peuples est tellement conforme aux besoins de l'humanité, qu'ils en ont prononcé l'immutabilité et l'éternelle durée.

« Sed *naturalia* quidem *jura*, quæ apud omnes gentes
 « peræque servantur, divina quadam providentia con-

(1) Ulpien n'est pas très fidèle à sa division tripartite, car très souvent il se sert des mots *Droit naturel*, *obligation naturelle*, lorsqu'il s'agit évidemment de choses propres à l'espèce humaine; nous nous contenterons de citer les passages suivans: L. 2, de cap, min., L. 1, de nov., L. 16, § 3 de fidej. et mand.

« stituta, semper firma atque immutabilia permanent.
 « Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe
 « mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia
 « postea lege lata. » (*J. § 2, de jur. n. g. et c.*; Cf. *Gaium*,
L. 8, de cap. min.)

Mais plusieurs autres juriconsultes ont, au contraire, reconnu que le *Droit des gens* pouvait être en opposition avec la nature (1) des choses; en effet, outre les passages d'Ulpien cités plus haut (*L. 1, § 4, et L. 4, de just. et jure*), nous trouvons, dans le Digeste et dans les Institutes, ce fragment de Florentinus :

« Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique fa-
 « cere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur. Ser-
 « vitus est constitutio *Juris gentium*, qua quis dominio
 « alieno contra naturam subjicitur. » (*L. 4, de stat. hom.*,
J. § 1 et 2, de jur. pers.)

Ne trouverait-on pas ici le germe d'une distinction qui a été proposée par plusieurs commentateurs, entre le *Droit naturel* ou *théorique*, indiquant ce qui doit être (1) et auquel conviendrait la définition de Paul, et

(1) Quel sens faut-il ici attacher à ce mot *nature* ? L'état naturel d'une chose serait-il celui dans lequel elle se présente au moment où elle commence à exister ? L'état naturel des nations serait-il celui où leur civilisation est tout-à-fait dans l'enfance ? Le *Droit naturel* serait-il la collection des règles bonnes ou mauvaises auxquelles les hommes conformaient leur conduite avant que la raison eût créé les gouvernements et les lois proprement dites ? Mais, indépendamment de ce qu'il n'est pas possible que nous connaissions cet état primitif autrement que par la révélation, je demanderai si, de ce que telle manière d'être ou d'agir a existé dans l'état primitif des sociétés humaines, il est permis d'en conclure que cette manière d'être ou d'agir vaut mieux que ce qui est ou se pratique depuis que la civilisation a fait des progrès ? Il faudrait alors dire aussi que l'enfance est l'état que l'homme doit préférer, et que nous devons, autant que possible, nous y maintenir, ou bien y retourner.

le *Droit des gens*, qui, suivant les définitions de Gaius et d'Ulpien, exprimerait simplement ce qui se pratiquait, à tort ou à raison (1), chez la majorité des peuples composant l'empire romain.

Avant de passer à d'autres propositions des jurisconsultes romains, nous croyons devoir examiner quelle application pratique pouvait recevoir cette division du Droit en *Droit naturel*, *Droit des gens* et *Droit civil*, ou bien simplement en *Droit civil* et *Droit des gens*, ou bien encore en *Droit civil* et *Droit naturel*.

Quelques interprètes modernes ont prétendu que la distinction tripartite d'Ulpien servait à déterminer les lots divers et inégaux des trois grandes classes entre lesquelles se partageaient, à une certaine époque, les sujets de l'empire romain. « Le *Droit naturel*, disent-ils, est la collection des préceptes dont les *Esclaves* eux-mêmes pouvaient invoquer l'application; et le législateur, en déterminant ces préceptes, est parti de cette idée, que l'on ne pouvait pas refuser aux *Esclaves* ce que le maître d'un animal domestique a coutume de lui accorder (2); le *Droit des gens* se compose des institutions dont le bénéfice pouvait être réclamé par tous les hommes libres; et la pensée du législateur a été qu'il fallait donner aux *Étrangers* dans la cité romaine, ce que les Romains eux-mêmes pouvaient obtenir dans les autres cités; enfin, suivant ces

(1) Lorsqu'on oppose ce qui est, ce qui se pratique, à ce qui *doit* être, à ce qui *doit se faire*, il est évident que le mot *doit* n'exprime qu'une *nécessité relative*; mais alors il faudrait donc qu'on eût soin de nous expliquer *pourquoi*, à quelle *fin*, dans quel *but* ce qu'on présente comme prescrit par le Droit naturel *doit être* ou *doit se faire*.

(2) La reconnaissance, de la part du législateur, que les *Esclaves* devaient jouir de telles facultés, a transformé ces mêmes facultés en droits.

mêmes interprètes (1), le *Droit civil* ne renferme que les préceptes exclusivement applicables aux *citoyens romains*.

Cette explication de la théorie d'Ulpien nous paraît plus ingénieuse que concordante avec les documens historiques.

D'abord, il est certain que les esclaves n'ont pas obtenu d'un seul coup le petit nombre de droits qui ont fini par les faire considérer comme une classe de personnes; je doute même que, du temps d'Ulpien, l'*éducation des enfans* pût être mise au nombre de ces droits.

Quant aux étrangers, il faut bien se garder de croire que les hommes libres qu'on appelait *peregrini*, fussent pour les Romains, ce que sont aujourd'hui pour les peuples modernes les individus auxquels on applique la dénomination d'*étrangers*. Nous entendons maintenant par *étrangers* les sujets d'un autre gouvernement indépendant et auxquels nous sommes dans la nécessité d'*accorder* pour *obtenir* (nécessité qui amène naturellement le système de réciprocité, que le Code civil français avait consacré). Mais les *peregrini* étaient une classe de sujets de l'empire romain : c'étaient les peuples que des traités ou la conquête avaient fait entrer dans la société romaine (2), sans qu'ils en eussent cependant obtenu tous les avan-

(1) Les jurisconsultes sont d'accord à l'égard du *Droit civil*; à moins qu'on n'entende le passage de Paul : *quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est* (L. 2 de *Just. et jure*), dans ce sens, qu'une disposition contraire à l'utilité sociale, ne serait point un élément du *Droit civil*; mais Paul lui-même semble repousser cette interprétation, lorsqu'après avoir parlé du *Droit honoraire*, qui n'est au fond qu'une branche du *Droit civil* (quoique, dans un sens étroit, le *Droit civil* soit quelquefois mis en opposition avec le *Droit honoraire*), il ajoute : *Prætor quoque jus reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta, non ad id quod ita Prætor fecit, sed ad illud quod Prætozem facere convenit*.

(2) La loi *Ælia Sentia*, portée sous Auguste, augmenta la classe des

tages ; le gouvernement romain ne leur accordait guère que ce qu'il lui plaisait de leur accorder : rien ne le forçait de rendre leur condition à Rome, égale à celle qu'on reconnaissait aux Romains dans les cités *vassales* (1).

Les observations suivantes nous montreront, je crois, sous un jour plus vrai, l'origine et l'utilité pratique de la division du *Droit*, en *Droit civil* et *Droit des gens*.

A la vérité, elles ne nous fourniront point une explication satisfaisante de la distinction établie par Ulpien entre le *Droit naturel* et le *Droit des gens* ; mais c'est peut-être le cas de faire une saine application de cette maxime d'un jurisconsulte romain : « *Non omnium quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* » (*Javol. L. 20 de legib.*).

Il est vraisemblable que, dans les premiers temps de Rome, le Droit romain fut un : les esclaves étaient considérés comme des choses, et les étrangers n'avaient presque aucun rapport pacifique avec les Romains.

Lorsque ceux-ci eurent soumis à leur empire un grand nombre de nations, dont les membres devinrent leurs sujets, sans acquérir les droits de cité romaine, les magistrats romains se trouvèrent fréquemment dans le cas de statuer sur des différens qui s'élevaient, soit entre un Romain et un étranger, soit entre deux étrangers.

Quelles règles appliquer en pareil cas ?

peregrini, d'un grand nombre d'affranchis, auxquels elle refusait les droits de cité romaine, en déclarant que leur condition serait semblable à celle des *Latins*, ou même seulement à celle des peuples qui s'étaient rendus à discrétion (*populi dediti*). Il faut en outre remarquer qu'en formant des colonies, les Romains déclaraient souvent qu'elles ne jouiraient que de la condition de telle ou telle classe d'étrangers.

(1) Ceci s'applique même aux alliés des Romains ; car on conçoit aisément ce que peut être une alliance entre deux peuples, dont l'un est tout-à-fait dans l'impossibilité de lutter contre l'autre.

Les Préteurs recherchèrent (1) ce qu'il y avait de semblable dans les institutions, lois et usages de la généralité (2) des peuples (3) alors connus des Romains (4); et ensuite, en partant peut-être de cette idée, que les institutions identiques (5) ont dû avoir la même origine, c'est-à-dire, ont dû émaner d'un seul et même pouvoir, auquel tous les peuples devaient également obéissance, ils considérèrent, par rapport à ces institutions, les diverses classes d'étrangers, et les Romains eux-mêmes, comme étant sur la même ligne; en conséquence ils les admirèrent tous à en réclamer l'application les uns à l'égard des autres (6).— Ces institutions formè-

(1) Quelques personnes ont pensé, que lors qu'il s'agissait d'étrangers appartenant à la même nation, les magistrats romains les renvoyaient à se pourvoir devant les magistrats de leur nation. D'autres ont cru qu'ils appliquaient eux-mêmes les lois de cette nation. Mais comment supposer qu'un Préteur consentit à prendre la peine d'étudier une législation étrangère toutes les fois qu'il plaisait à deux étrangers de lui soumettre leur différend? (voyez *Gaius*, 3 *Com.* § 96; voyez aussi ce que nous dirons plus loin du Droit qui régissait les provinces.

(2) Je dis : de la *généralité* : et non, de l'*universalité*; car une institution repoussée par tel ou tel peuple, n'était pas moins du Droit des gens, si la grande majorité des autres peuples l'admettait.

(3) Y compris les Romains eux-mêmes.

(4) Je ne pense pas qu'on ait tenu aucun compte des peuples que les Romains appelaient *Barbari*; j'aurais donc peut-être pu limiter ma proposition aux peuples qui faisaient partie de l'empire romain.

(5) On dut être assez embarrassé, lorsqu'en retrouvant chez la majorité des peuples, les bases, les caractères essentiels d'une institution, on observa des variétés plus ou moins grandes dans ses formes ou qualités accessoires. — L'institution put-elle être alors considérée comme un des élémens du *Droit commun*? — Si on répond affirmativement, je demanderai : avec quelles formes? avec quelles qualités accessoires? — La difficulté de résoudre cette question a sans doute été la source de quelques contradictions que l'on remarque dans les textes qui ont rapport à cette matière (voyez *Gaius* 3, *Com.* 133).

(6) Je ne vois pas une liaison nécessaire entre ces deux proposi-

rent donc une sorte de Droit commun (*commune omnium Jus*), qu'on appela le *Droit des gens* (1), probablement dans ce sens qu'on le trouvait établi chez toutes les nations (*quasi quo Jure omnes gentes utuntur*).

Il est vraisemblable qu'en même temps, on adopta l'expression *Jus civile* pour distinguer parmi les dispositions qui régissent un peuple, celles qui ne se retrouvent point chez la plupart des autres peuples, (*itaque cum aliquod addimus vel detrahimus Juri communi, Jus proprium, id est civile efficitur*); et le *Jus civile* fut considéré comme le patrimoine exclusif des citoyens (*quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id proprium ipsius civitatis est*): de manière que lorsque certains étrangers y obtinrent quelque participation, ce fut nécessairement en vertu d'une loi spéciale et exceptionnelle.

Outre les institutions ou règles reconnues exister chez les divers peuples de cette époque comme chez les Romains, les Préteurs en remarquèrent quelques autres qui, ignorées jusqu'alors à Rome, se trouvaient cependant établies chez la majorité des peuples contemporains. Parmi ces institutions, celles qui purent se concilier avec les institutions et les lois romaines (2), devinrent peu à peu une

tions : « *Telle institution se trouve établie chez tous les peuples, les étrangers comme les citoyens peuvent réclamer le bénéfice de cette institution*; » mais il paraît certain que cette liaison exista de fait chez les Romains (voyez *Gaius*, 3 *Com.*, § 93), sauf toutefois quelques exceptions résultant des lois qui excluaient formellement les étrangers de certains avantages (*Gaius*, *eod.*, *in fin.*).

Au reste il ne faut pas croire que ce genre d'institutions ait toujours produit en faveur des étrangers les mêmes effets qu'en faveur des Romains : ainsi le *justum matrimonium* ne donnait pas à l'étranger la puissance paternelle.

(1) Cette expression rend assez mal les mots latins *Jus gentium*; car *gens* n'est plus aujourd'hui synonyme de *peuples* ou *nations*.

(2) Supposons que le *Droit des gens* eût admis la polygamie; il est

sorte de supplément à celles-ci : les Préteurs les adoptèrent, même pour servir de règle de conduite aux citoyens romains (1); sans toutefois leur attribuer dans tous les cas une efficacité égale (2) à celle qui appartenait aux institu-

évident que cette institution n'aurait pas pu se concilier avec les lois romaines, qui ne se contentaient pas de déterminer les effets de la monogamie, mais qui prononçaient des peines contre l'adultère.

(1) Y avait-il des institutions dont les magistrats romains assuraient l'observation entre étrangers même de nations différentes, mais qu'ils n'appliquaient pas aux Romains (au moins dans leurs rapports avec les autres Romains)? Nous serions tentés de le croire, à raison de la manière dont Gaius s'exprime en parlant des *syngrapha* et des *chirographa* (3 Com. 134). Mais, d'abord je pense que cette institution doit être plutôt considérée comme propre à un certain peuple étranger, que comme du Droit des gens; en effet : 1^o les mots *syngrapha* et *chirographa* font naître l'idée que c'est la Grèce qui a fait connaître aux Romains ce mode d'obligation et que, par conséquent, ce mode n'existait pas chez les divers peuples dont les jurisconsultes romains eurent besoin de connaître, et par conséquent de nommer, les institutions, bien longtemps avant que les Grecs eussent avec Rome des relations habituelles; 2^o l'histoire nous apprend d'ailleurs que l'écriture était fort peu répandue chez les nations contemporaines des Romains même au temps d'Alexandre Sévère, et, chez la plupart d'entre elles, ses procédés primitifs la rendant, comme à Rome, peu propre à servir de preuve, on ne dut guère penser à la choisir comme solennité. D'un autre côté, je ne conçois pas comment les *syngrapha* et les *chirographa* auraient été tout-à-fait inefficaces entre citoyens romains; sans doute, la disposition qui exigeait la *stipulation* comme garantie de la volonté sérieuse des contractans, résistait à l'admission des *syngrapha* et des *chirographa*, pour autant qu'on eût voulu faire résulter de ces écrits une obligation parfaite, c'est-à-dire douée du maximum d'efficacité; mais rien n'empêchait d'y voir de simples pactes, sources d'une obligation imparfaite, (c'est-à-dire ne produisant pas d'action, ou du moins, pas d'action civile).

(2) Peut-être cette efficacité ne leur a-t-elle été attribuée dans aucun cas (bien entendu par les Préteurs, car les Constitutions impériales ont pu, dans la suite, placer des institutions empruntées au Droit des gens, absolument sur la même ligne que les institutions du Droit civil)

tions créées par le véritable pouvoir législatif (1); et voilà comment, dans la collection générale des règles par lesquelles les Romains furent régis après leurs conquêtes, nous rencontrons sans cesse, à côté d'une institution du *Droit civil*, une institution analogue du *Droit des gens*,

Les interprètes qui ont pensé le contraire, (c'est-à-dire que les Préteurs eux-mêmes avaient quelquefois opéré cette assimilation complète) ont peut-être été induits en erreur par l'application que les jurisconsultes romains ont faite de cette dénomination : *Institutions du Droit des gens*, à deux classes d'institutions d'origine fort différente, savoir : 1° à des institutions que les Romains connaissaient avant que leurs magistrats fussent dans le cas d'observer les institutions des autres peuples, mais qu'ils remarquèrent être également établies chez la majorité de ceux-ci ; et 2° aux institutions qu'ils admirent dans le Droit romain seulement* après avoir reconnu qu'elles formaient le Droit commun des autres nations.

Autre question. Lorsqu'une institution du Droit des gens, d'abord inconnue à Rome, n'y fut admise qu'avec une efficacité moindre que celle d'une institution analogue du Droit civil romain, put-elle, en faveur des étrangers considérés à l'égard d'autres étrangers, produire plus d'effet qu'entre les Romains? — Quelques personnes ont pensé que les *syngrapha*, produisaient entre étrangers une obligation parfaite, tandis qu'en faveur d'un Romain ils ne pouvaient produire plus d'effet qu'un simple pacte? Mais je ne puis le croire, et je suis disposé à interpréter le passage de Gaius dans ce sens, que les *syngrapha* produisaient, seulement vis à vis des magistrats étrangers et d'après les lois étrangères, les mêmes effets que les stipulations.

(1) Les Préteurs créèrent donc des moyens de sanction particuliers (*tuitio prætoris, interdicta*), et il en résulta qu'une institution du *Droit des gens* n'eut, en pareil cas, à Rome, ni précisément les effets qu'elle avait chez les peuples auxquels les magistrats romains l'empruntèrent, ni les effets de l'institution analogue du *Droit civil des Romains*. On conçoit facilement que, lorsqu'il fût question d'étendre les moyens de rigueur au delà des cas spécifiés par le Droit civil, les Préteurs durent être moins hardis, que lorsqu'il s'agissait au contraire d'atténuer par des institutions du Droit des gens les effets rigoureux du Droit civil, ou bien de mettre à la libre disposition des Romains une nouvelle manière d'acquérir ou de s'obliger.

ne produisant , à la vérité , que de moindres avantages , attendu que les Préteurs auraient craint de rendre trop manifestes leurs usurpations législatives, si des institutions qu'ils empruntaient au *Droit des gens*, avaient pu complètement remplacer les institutions analogues du *Droit civil*.

Le Droit romain (je prends ce mot *lato sensu*, comme embrassant toutes les règles que les magistrats romains faisaient observer par les diverses classes d'individus soumis à leur autorité), le Droit romain, dis-je, renferma donc alors deux sortes de *préceptes du Droit des gens* : — les uns sont des dispositions promulguées à Rome par le véritable pouvoir législatif, et qui régissaient déjà les Romains avant qu'ils se fussent mis en contact avec une multitude d'autres peuples : ces dispositions prirent le nom de *préceptes du Droit des gens*, lorsqu'elles furent reconnues exister également chez l'universalité ou la très grande majorité des nations ; — les autres sont des dispositions, inconnues d'abord aux Romains, et que les Préteurs puisèrent dans le *Droit commun* des autres peuples.

Ceci nous expliquera peut-être comment certaines *institutions* appelées *du Droit des gens*, produisaient, au moins quand elles étaient invoquées par des Romains, les mêmes effets que des *institutions* analogues du *Droit civil*, par exemple, l'*occupation* (1), la *stipulation* (excepté celle qui était faite en employant les mots : *spondes ne, spondeo*), les *contrats consensuels* (2) (la *vente*, le *louage*, la

(1) La *tradition* peut être également citée pour exemple ; à la vérité elle ne conférait pas le *domaine civil* sur toute espèce de choses ; mais cela tenait probablement à d'autres considérations qui étaient venues compliquer la question, je veux parler des considérations relatives au *Droit politique*.

(2) Mais peut-être faut-il ranger ces contrats parmi les institutions de la deuxième espèce. Il faudrait alors supposer qu'en les admettant

société et le mandat), qu'on dit expressément être des *conventions du Droit des gens*; tandis que d'autres institutions, également qualifiées *du Droit des gens*, par exemple, les simples *pactes*, c'est-à-dire toutes les *conventions sans solennité et sans cause* (à l'exception de celles que nous avons citées tout à l'heure), ne furent douées que d'une efficacité moindre que celle des institutions civiles du même genre (1).

Que l'on ait fini par croire que ce qui existait partout avait dû exister de tout temps, et ne pouvait être changé, c'est ce qu'il est facile de concevoir (2); et il est évident que les Préteurs eurent intérêt à accréditer cette croyance, afin de justifier leurs invasions sur le domaine du pouvoir législatif. L'examen que nous allons faire des opinions des jurisconsultes romains sur la distinction et la séparation des pouvoirs politiques, nous fournira l'occasion de donner quelques développemens à cette idée.

SUR LES §§ V ET VI.

« Constat autem jus nostrum quò utimur, aut scripto,
 « aut sine scripto.... Scriptum autem jus est : lex, plebis-
 « citum, senatusconsultum, principum placita, magis-

après coup dans le Droit romain, le législateur a expressément déclaré qu'ils produiraient les effets des institutions du *Droit civil*.

(1) Cela nous expliquera peut-être aussi comment certaines institutions appelées *du Droit des gens*, produisirent en faveur des Romains des effets qu'elles ne produisaient pas en faveur des Étrangers : par exemple, comment les *manières d'acquérir du Droit des gens* donnaient aux Romains le domaine civil, c'est-à-dire un droit plus fort que le domaine naturel qu'elles donnaient aux étrangers.

(2) Mais ce qui est extraordinaire, c'est que Tribonien ait placé dans la même page de ses *Institutes* deux textes aussi contradictoires que le § 11 *de jur. n. g.*, et *c.*, et le § 2 *de jur. pers.*

« *tratum edicta, responsa prudentum.* (*J. § 3, de jur. n. g. et c.*). « *Sine scripto jus venit quod usus approbavit, nam diuturni mores consensu utentium approbati, legem imitantur* » (*§ 9 eod.* ; *Cf. Gaius, 1 Com. § 2 ; Pomp. L. 2, de orig. jur. et Auct. ad Heren. 2, 13*).

Que la distinction et la séparation des *pouvoirs politiques* n'ait jamais été nettement établie chez les Romains, c'est ce que démontre la seule lecture des passages que nous venons de citer. Suivant ces passages, qui ne paraissent pas cependant encore contenir tout ce qui sert de base à Rome aux décisions judiciaires, le Droit romain se serait composé de sept espèces d'éléments législatifs ; il importe de rechercher jusqu'à quel point, si non tous les caractères, au moins les caractères les plus essentiels, de la *loi proprement dite* (1), se rencontrent dans chacun d'eux (2).

(1) Nous entendons ici par *loi proprement dite*, non pas exclusivement ce que les Romains (comme nous allons le voir) appelaient plus particulièrement *lex*, c'est-à-dire le *populiscite*, mais un commandement, 1^o général, 2^o émané d'un pouvoir indépendant du pouvoir judiciaire et 3^o solennellement promulgué avant l'époque où il faut lui obéir.

(2) Remarquons que Tribonien, et avant lui les jurisconsultes à qui il a emprunté les §§ 3 et 9, *J. de jure n. g. et c.*, n'ont eu sans doute en vue que le Droit qui servait de règle aux magistrats romains dans les procès entre citoyens.

Nous avons vu ci-dessus quels étaient les éléments du Droit qu'appliquait à Rome le *Prætor peregrinus*, dans les procès entre un Étranger et un Romain, comme dans ceux qui s'élevaient soit entre deux Étrangers de nations diverses, soit même entre des Étrangers de la même nation qui avaient consenti à lui soumettre leurs différends, soit enfin entre ces Étrangers qui n'appartenaient à aucune nation, je veux parler : 1^o des affranchis qui n'avaient point obtenu le titre de citoyen romain, et 2^o des Romains qui avaient subi la *media capitis diminutio* sans être aggrégés à aucune cité étrangère.

Mais, quels étaient les éléments du Droit qui était appliqué dans tout le reste de l'empire romain, par les magistrats romains, ou par les magistrats étrangers du petit nombre de nations à qui les Romains

1. *Lex, Populiscitum.*

« Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu
 « interrogante, veluti consule, constituebat. (*J. I.* 2, § 14,
 « *de jur. n. g. et c.*; Cf. *Gaius*, 1 *Com.* 3).

2. *Plebiscitum.*

« Plebiscitum est quod plebs, plebeio magistratu in-
 « terrogante, veluti tribuno, constituebat. . . . Sed et
 « Plebiscita, lata lege Hortensia, non minus valere quam
 « leges cæperunt (*J.* § 4 *de Jur. n. g. et c.* Cf. *Gaius*,
 « 1 *Com.* § 3).

avaient laissé quelques droits politiques? Ces élémens étaient-ils les mêmes quelques fussent les personnes entre lesquelles les procès s'élevaient? Il nous est difficile de répondre catégoriquement à ces questions; nous nous contenterons de remarquer, à l'égard des provinces, qu'au moment de la conquête, les lois nationales de chacune d'elles, étaient en général remplacées par une loi que donnait le sénat ou le peuple romain, ou bien (en vertu de pouvoirs spéciaux) le général en chef (*imperator*) qui avait achevé la conquête de la province ou le premier magistrat envoyé pour la gouverner; cette loi, qu'on désignait aussi par le mot *formula*, prenait le nom, soit de la province, comme *Lex Galliæ cisalpinæ*, soit du général en chef qui l'avait donnée ou du magistrat (consul ou tribun) qui l'avait proposée à l'acceptation du peuple romain; par exemple *Lex Rupilia* (c'était la loi de la Sicile). Les Edits provinciaux venaient probablement suppléer à ces lois, comme les Edits prétoriens suppléaient à la loi des douze Tables; seulement il est probable que, plus récentes que celle-ci, les lois des provinces donnaient moins d'occasion à la législation secondaire des magistrats (Cf. *Cic. in Verr.* II 13).

Il paraît que les peuples voisins des Romains qui avaient conservé quelque liberté politique, s'approprièrent souvent le Droit civil romain. Nous lisons en effet dans le discours de Cicéron *pro Balbo*: « Tulit
 « apud majores nostros legem Furius de testamentis, tulit Voconius
 « de mulierum hereditatibus, aliæ innumerabiles de jure civili sunt
 « latæ; quas Latini voluerunt, asciverunt. »

3. *Senatusconsultum*.

« *Senatusconsultum est quod Senatus jubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quæsitum* (1) (*Gaius, 1 Com. § 4, Cf. J. § 5 de jur. n. g. et c.*).

4. *Constitutiones generales*.

« Quod principi placuit legis habet vigorem, cum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concessit (2) (*J. § 6 eod.; Cf. Gaius, 1 Com. 6*).

« *Leges sacratissimæ quæ constringunt hominum vitas,*

(1) Nous ne chercherons pas à résoudre ici la question de savoir quelle était du temps de la république l'autorité du sénat en matière législative. Quelques personnes ont pensé qu'à l'égard des citoyens, les sénatus-consultes n'étaient jamais que des actes du pouvoir exécutif, tandis que d'autres ont prétendu qu'ils pouvaient avoir force de loi, au moins provisoirement, c'est-à-dire en attendant l'approbation du peuple à qui on devait les soumettre avant l'expiration de l'année. Nous n'examinerons pas non plus s'il est vrai que, sous Tibère, toute la puissance législative fut transportée du peuple au sénat, et comment cette puissance passa bientôt du sénat aux empereurs. Nous ferons remarquer seulement que la phrase *quamvis fuit quæsitum* du passage de Gaius, se rapporte peut-être au temps où quelques partisans du système démocratique, osaient encore élever des doutes sur la légitimité des nouvelles formes de gouvernement introduites par les empereurs. — Nous devons cependant ajouter que, dans cette hypothèse, nous ne concevons pas comment, en parlant ensuite des constitutions impériales, Gaius nous dit : *nec umquam dubitatum est quin legis vicem obtineant, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*.

(2) Nous renvoyons au *Cours d'histoire du Droit*, les questions qui se sont élevées sur cette prétendue loi *regia*; notamment celle de savoir, comment les empereurs se seraient adressés au sénat pour en obtenir des actes auxquels on osait contester la force obligatoire; tandis qu'ils auraient été complètement investis eux-mêmes de la puissance législative.

« intelligi ab omnibus debent, ut universi, prescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur (*Valent. et Martian, L. 9, C. de legib.*

« Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.... (*Theod. et Valent. L. 7, C. de Legib.*).

Malgré les différences qui existaient, quant à leur origine, entre ces quatre élémens du Droit romain, chacun d'eux remplissait, cependant, à peu près également, les conditions que nous avons reconnues nécessaires pour que le Droit puisse devenir une véritable science, et surtout pour que son application puisse être l'objet d'une théorie d'art; en effet, chacun d'eux, 1^o se présentait dans la forme de commandement général (1); 2^o ne devenait obligatoire qu'après promulgation (2) et 3^o était appliqué par un pouvoir indépendant de celui qui en était l'auteur (3).

(1) On trouve déjà dans la loi des XII tables une preuve de la haine que les Romains portaient aux actes législatifs qui n'avaient pas le caractère de dispositions générales : *Privilegia ne irroganto* : le peuple se défend à lui-même toute loi particulière.

(2) La *L. 9, C. de Leg.*, où la nécessité de la promulgation est reconnue à l'occasion des constitutions impériales, ne fait que consacrer un principe qui embrasse toute espèce de règle politiquement obligatoire.

(3) Montesquieu (*Esprit des Lois*, liv. XI, chap. 18) fait observer que le peuple réunissait à la puissance législative une partie de la puissance de juger; mais, probablement Montesquieu a voulu parler des jugemens publics rendus dans les comices, et nous, au contraire, nous avons particulièrement en vue les jugemens privés; s'il a voulu parler des jugemens privés rendus sous la direction des magistrats par des juges choisis par les parties ou du moins désignés par le sort, il faut convenir qu'il est difficile de voir comment le pouvoir judiciaire ainsi organisé, se confondait avec le pouvoir législatif exercé par le peuple réuni en comices.

5. *Legis actiones, Jus pontificium.*

« Deinde ex his legibus, eodem tempore ferè, actiones
 « compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent :
 « quas actiones, ne populus, prout vellet, institueret,
 « certas solemnesque esse voluerunt : et appellatur hæc
 « pars juris, *legis actiones*, id est, legitimæ actiones. Et
 « ità eodem penè tempore tria hæc jura nata sunt : leges
 « duodecim tabularum : ex his fluere cœpit jus civile : ex
 « iisdem legis actiones compositæ sunt. Omnium tamen
 « harum, et interpretandi scientia, et actiones, apud
 « collegium pontificum erant : ex quibus constituebatur,
 « quis quoquo anno præesset privatis : et ferè populus
 « annis propè centum hac consuetudine usus est. Pos-
 « teà cum Appius Claudius proposuisset, et ad formam
 « redegisset has actiones : Gnæus Flavius scriba ejus,
 « libertini filius, subreptum librum populo tradidit : et
 « adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis
 « fieret, et senator, et ædilis curulis. Hic liber, qui actio-
 « nes continet, appellatur jus civile Flavianum.... nam nec
 « Gnæus Flavius de suo quicquam adjecit libro. Auges-
 « cente civitate, quia deerant quædam genera agendi, non
 « post multum temporis spatium, Sextus Ælius alias actio-
 « nes composuit, et librum populo dedit, qui appellatur
 « jus Ælianum. » (*Pomp. L. 2, § 6 et 7 de orig. jur.*).

Lorsqu'on fait dépendre de l'observation de *formules* la validité des actes qui confèrent des droits ou imposent des obligations, ces formules deviennent évidemment de véritables élémens législatifs, et, par conséquent, elles devraient avoir la même publicité que les lois proprement dites. Les inconvéniens qui résultèrent à Rome du défaut de promulgation de semblables formules, et en général de ce qu'elles n'offraient point les caractères essentiels des

élémens législatifs, frappèrent si vivement les Romains, que ce fut, à ce qu'il paraît, l'un des principaux griefs des plébéiens contre les patriciens; et la haine que les premiers avaient conçue contre le système des anciennes formules, paraît avoir duré même après qu'elles eurent cessé d'être arbitraires et occultes, car l'abolition du mode de procédure qu'on désignait par les expressions *actiones legis, lege agere*, semble être un des premiers résultats du triomphe complet de la démocratie, c'est-à-dire, de l'abaissement de la puissance patricienne.

6. *Magistratum edicta.*

« Jus autem edicendi habent magistratus populi romani; sed amplissimum jus est in edictis duorum Prætorum, urbani et peregrini : quorum in provinciis jurisdictionem Præsides earum habent; item in edicto ædilium curulium; quorum jurisdictionem in provinciis populi quæstores habent; nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur. » (*Gaius*, 1 *Com.* 6, *Cf. J. § 7, de jur. n. g. et c.*)

« Jus prætorium est, quod Prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam : quod et honorarium dicitur, ad honorem prætorum sic nominatum » (*Papin. L. 7, de just et jur.*).

« Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem (*J. § 7 de jur. n. g. et c.*)

« Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis (*Maecian., L. 8, eod.*)

« Jura sunt quædam ipsa jam certa propter voluntatem quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars quæ prætores edicere consueverunt » (*Cic. de invent.* 2, 22).

Nous avons vu, ci-dessus, comment les Préteurs introduisirent dans le Droit romain (1) certaines institutions qui, quoique inconnues à Rome jusqu'alors, n'en étaient pas moins une sorte de Droit commun des diverses nations de cette époque.

En empruntant ces institutions au *Droit des gens*, et seulement comme un supplément aux lois proprement dites (*supplendi gratia*; Cf. J. § 3, de *leg. agn. succ.*), ils parurent plutôt se soumettre à un pouvoir supérieur, que s'attribuer à eux-mêmes la puissance législative; d'ailleurs nous avons déjà dit qu'ils eurent soin de ne pas mettre tout-à-fait sur la même ligne les institutions du Droit des gens et les institutions du Droit civil (2).

Mais leurs usurpations ne tardèrent point à devenir plus hardies :

Tantôt ils modifièrent le Droit romain, sans s'inquiéter si par là ils se rapprochaient du Droit commun des autres peuples (3), (c'est sans doute ce que le jurisconsulte a

(1) Je n'entends plus ici par *Droit romain*, que l'ensemble des règles dont les magistrats romains assuraient l'observation de la part et en faveur des citoyens romains.

(2) Et nous avons fait remarquer que l'usurpation du pouvoir législatif eût été trop manifeste, si les institutions empruntées par les Préteurs au *Droit des gens* avaient pu remplacer complètement les institutions analogues du *Droit civil*.

(3) Nous citerons, pour exemple, les modifications apportées au système des successions, en faveur des *enfants émancipés*, des *cognats*, etc. — Il est évident que, dans ce cas, rien n'engage à considérer les dispositions prétoriennes comme applicables aux Étrangers, de même qu'aux Romains; aussi je ne pense pas que l'*enfant émancipé* et le *cognat* devenus *étrangers*, eussent pu invoquer les Édits : *Unde liberi*, *Unde cognati*.

C'est ici le lieu de remarquer qu'après avoir attribué certains avantages à des personnes que les lois anciennes traitaient avec peu de faveur, les Préteurs furent conduits à accorder la participation des mêmes avantages aux personnes au préjudice desquelles ils les avaient

exprimé par les mots *corrigendi gratia*) (Cf. § 3, *J. de leg. agn. success.*).

Tantôt ils importèrent à Rome des institutions propres, soit à un seul (1), soit à quelques uns des peuples avec lesquels ils s'étaient mis en relation (2).

Quel principe dirigea les Préteurs dans ces nouvelles entreprises?

En d'autres termes, quel but se proposèrent-ils?

Papinien, dans le § ci-dessus, nous dit que ce fut l'*utilité publique*.—Une multitude d'autres textes, dont quelques uns sont des fragmens des Édits prétoriens, nous donnent comme source des modifications apportées au Droit civil, l'*Équité* (3), le *Droit naturel*, etc. (4).

introduits; ainsi ils établirent une *bonorum possessio* pour les *sui heredes* et pour les *agnati*.—Quelques interprètes pensent que c'est à cela que se rapporte l'expression : *adjuvandi gratia*.

(1) Par exemple l'*hypothèque* et l'*emphytéose*.—Dans ce cas (qui appartient encore au *supplendi gratia*), tous les Étrangers furent-ils admis à réclamer, devant les magistrats romains, le bénéfice des institutions ainsi empruntées au Droit particulier d'un certain peuple? Ces institutions furent-elles au moins communes aux Romains et au peuple étranger à qui elles avaient été empruntées, ou bien enfin, furent-elles considérées comme institutions propres aux Romains?

(2) Principalement par la conquête.

(3) Le mot *Æquitas* me paraît avoir ordinairement, dans les écrits des jurisconsultes romains, le même sens que le mot *Égalité*; dire qu'une disposition a pour source l'*Équité*, c'est dire qu'elle dérive du principe suivant : *Faire en sorte que chaque homme ait une part égale de bonheur*.—Bentham, dans ses *Traité de Législation*, considère l'*Égalité* comme un des buts du Législateur, mais comme un but subordonné au but final; la *plus grande félicité du plus grand nombre*, et il établit qu'elle doit souvent être sacrifiée à la *Sûreté*, autre but prochain qu'il ne faut également considérer que comme un moyen d'arriver au but final que nous venons d'indiquer.

(4) Quelques uns aussi ne représentent le Droit prétorien que comme le développement du Droit civil : *Nam et ipsum jus prætorium*

Quelle que fût la base des dispositions prétoriennes, cette nouvelle classe d'élémens législatifs, résultat de la confusion des pouvoirs politiques, dut offrir de très graves inconvéniens : « Il n'y a point de liberté, a dit Montesquieu, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative. » Si celui qui est chargé d'appliquer la loi a aussi le pouvoir de la faire, il est à craindre que l'intérêt qu'une partie inspirera au juge ne fasse changer la loi au moment où il faudrait seulement l'appliquer, et que l'autre partie ne connaisse que par sa condamnation la loi dont on lui fait subir les rigueurs.

Tant que les Édits prétoriens n'eurent pas même la durée des fonctions de leurs auteurs (or on sait que ces fonctions étaient annales), il ne put y avoir ni science ni théorie du Droit (1). Aussi les jurisconsultes ne commencent à paraître qu'après la loi *Cornélia*, qui ordonna

viva vox est juris civilis, dit Marcien ; mais si cela peut être vrai dans un petit nombre de cas, par exemple, lorsque le Préteur accorde une *exception de dol* ou de *violence* contre une *action civile*, combien de fois n'est-il pas arrivé au contraire, que le Préteur a, en quelque sorte, fait taire la voix du véritable législateur !

(1) La plupart des anciens interprètes du Droit romain ont pensé que l'empereur Adrien rendit immuable l'Édit que le jurisconsulte Salvius Julianus avait rédigé pendant sa préture, et que la qualification de *perpétuel* fut alors pour la première fois appliquée à l'Édit prétorien : cette opinion est aujourd'hui fortement attaquée ; mais il n'en est pas moins certain qu'à partir du règne d'Adrien, le Droit prétorien n'apparaît plus comme une source de dispositions nouvelles.

Les Codes de Théodose et de Justinien contiennent plusieurs constitutions, notamment les *LL. 1 et 12, § 1 C. J. de leg.*, qui refusent, au moins implicitement, le pouvoir législatif aux Préteurs. — A la vérité, ces constitutions sont d'une date postérieure au beau siècle de la jurisprudence romaine ; mais il est vraisemblable que le principe consacré par ces constitutions était déjà reconnu sous les Antonins, les Marc-Aurele, les Alexandre Sévère, et même qu'il était mieux observé alors qu'il ne l'a été depuis.

aux Préteurs de conserver sans changement, pendant tout le cours de leur magistrature, l'Édit qu'ils auraient publié en entrant en fonctions; et la jurisprudence romaine ne parvint à son apogée que lorsque l'Édit prétorien fut devenu perpétuel (1).

Cependant même après cette époque, ne continua-t-on pas à reconnaître, comme base des décisions judiciaires, d'autres règles aussi précaires et aussi occultes que les dispositions prétoriennes?

Et d'abord, les empereurs eux-mêmes, qui avaient apporté quelque fixité dans le Droit en faisant cesser les révolutions annuelles du Droit prétorien, les empereurs, ne substituèrent-ils pas souvent dans leurs *rescripts*, leur volonté actuelle et spéciale, aux lois anciennes, et même à leur propre volonté auparavant promulguée sous la forme de commandement général?

Les Préteurs et les Juges, depuis lors comme auparavant, ne prirent-ils pas quelquefois pour base de leurs décisions, des usages non écrits (*mores, consuetudo*)?

Les opinions des Jurisconsultes n'ont-elles pas, à certaines époques, enchaîné la conscience soit du Préteur, soit du Juge?

Enfin, lorsque les Préteurs cessèrent de modifier les lois par voie de dispositions générales, s'abstinrent-ils toujours dans leurs décisions particulières, de mettre, à

(1) Beaucoup de jurisconsultes soutiennent aujourd'hui, relativement à la juridiction des Préteurs romains, une opinion bien différente de la nôtre : M. Hugo nous apprend qu'on a été jusqu'à proposer d'introduire en Allemagne une institution analogue. — Ce sont les rédacteurs de la plupart des nouveaux Codes qui ont fait naître ce système : en envahissant le domaine de la jurisprudence, ils ont porté les jurisconsultes à s'armer à leur tour contre la saine autorité du législateur.

la place de la volonté du législateur, leur opinion individuelle, sous les noms de *Droit naturel*, de *bonnes mœurs*, d'*utilité générale*, d'*Équité*?

Avant de nous livrer à l'examen de ces diverses questions, nous devons faire remarquer que tout ce que nous avons signalé de dangereux dans les *Édits des Préteurs* (1), se rencontre également dans les Édits que publiaient dans les provinces les magistrats supérieurs, nommés d'abord, *Préteurs*, puis *Proconsuls* ou *Propréteurs*, et enfin *Préfets*, à l'exception peut-être que les fonctions de ces magistrats pouvant durer, au moins sous le gouvernement impérial, plus long-temps (2) que celles des Préteurs, le Droit offrit peut-être alors dans les provinces plus de stabilité qu'à Rome même.

Quant aux *Édits des Ediles* (ou des *Questeurs* qui te-

(1) Malgré le texte des Institutes, quel ques personnes ont prétendu qu'il n'y avait pas d'Édit du *Prætor peregrinus*, et que ce Préteur rendait la justice d'après l'Édit du *Prætor urbanus*. Je ne crois pas que cette opinion puisse être soutenue depuis que des textes nouvellement découverts nous ont présenté non pas seulement d'une manière implicite, mais en renvoyant à ses dispositions, l'Édit du *Prætor peregrinus* comme une source du Droit. D'ailleurs n'est-il pas évident que quoique l'Édit du *prætor urbanus* contînt beaucoup de dispositions du *Droit des gens*, il en renfermait aussi beaucoup qui étaient tout-à-fait propres aux Romains, et qui, lorsqu'il s'agissait d'Étrangers, devaient être nécessairement remplacées par d'autres. — Remarquons en outre que c'est dans l'*Album* du *prætor peregrinus* que devaient se trouver les dispositions de police, en vertu desquelles les Étrangers ont été quelquefois forcés de sortir de Rome.

(2) Régulièrement ces fonctions étaient annales comme celles des *Préteurs*, mais on les prorogeait assez fréquemment. — Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les fonctions des magistrats supérieurs dans les provinces, étaient plus étendues que celles des Préteurs à Rome. A la puissance de juger ils joignaient le commandement des armées : ils avaient tout à la fois *juridictio* et *imperium*.

naient leur place dans les provinces), comme la portion de pouvoir législatif qu'exerçaient ces magistrats, se renfermait dans des limites étroites et que la loi elle-même avait fixées, comme leurs Édits ne faisaient, en quelque sorte, que déterminer ce que la loi même avait établi d'une manière vague, il est impossible de trouver, dans cette source accessoire du Droit, les mêmes inconvénients que dans les Édits des Préteurs(1). Il faut remarquer en outre que dans beaucoup de cas, les dispositions des *Edits édilitiens* n'étaient que l'expression d'*usages interprétatifs des conventions*, et n'envahissaient alors aucunement le domaine législatif (*Voyez ci-après ce que nous disons des Usages en général*).

7. *Constitutiones particulares, Principum placita.*

« Quodcunque..... Imperator per epistolam constituit,
 « vel cognoscens decrevit, vel edicto precepit, legem esse
 « constat. Hæc sunt quæ Constitutiones appellantur. Planè
 « ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum
 « trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult.... Aliæ autem
 « cum generales sint, omnes procul dubio tenent. § 6,
J. de jur. n. g. et c. Cf. Gaius 1, Com., § 5.

La nouvelle transformation du pouvoir législatif qui eut lieu à l'époque où les Empereurs proclamèrent ou du moins mirent en pratique ce principe, *quod Principi placuit legis habet vigorem*, aurait eu peu d'importance sous le rapport de la science du Droit, si leurs constitutions avaient toujours eu le caractère de constitutions générales, si elles avaient toujours été solennellement pro-

(1) La fin du § de Gaius, nous apprend que dans certaines provinces, on ne publiait pas d'Édit *Édilitien*; comment donc statuait-on sur les procès qui auraient été jugés à Rome par les dispositions de cet Édit?

mulguées, enfin si leurs auteurs étaient restés complètement étrangers à leur application.....

Mais les *constitutions particulières*, par lesquelles les Empereurs statuaient comme juges sur des procès qui leur étaient soumis, et même quelquefois donnaient gain de cause à une partie sans entendre la partie adverse, sont, sans contredit, l'élément législatif (1) le plus dangereux qui se soit jamais introduit dans la législation d'aucun peuple. Montesquieu en a signalé énergiquement les funestes résultats, et quelques Empereurs n'avaient pu s'empêcher de les reconnaître eux-mêmes, car nous trouvons plusieurs constitutions dont le but est évidemment de rassurer les peuples, en leur donnant l'espoir qu'il ne serait plus fait à l'avenir que des lois générales (Voyez *Théodos. et Valent.*, L. 8, C. de legib.).

Cependant, quoique les constitutions particulières ne fussent malheureusement pas rares, comme ce genre de déviation aux vrais principes blessait vraisemblablement un plus petit nombre de personnes, que les modifications introduites par les Édits prétoriens à l'époque où les Préteurs les renouvellaient à leur gré pendant le cours de leur magistrature, on ne s'étonnera pas qu'elles aient nuï moins que ces Édits aux progrès de la science du Droit.

(1) Si tant est que cela puisse être appelé *Élément législatif*; en effet, ou bien l'empereur ne faisait qu'appliquer les commandemens généraux qui avaient auparavant acquis force de lois, et dans ce cas il n'ajoutait rien aux règles existantes, ou bien il statuait sans s'inquiéter si sa décision était conforme à une loi antérieure, et dans ce cas quelle garantie avait-on que le lendemain il ne statuerait pas différemment? comment en conséquence prendre la peine d'étudier de pareils actes, comment les faire entrer dans le domaine d'une science? — Quelquefois les Empereurs invoquent l'*Équité* ou l'*Utilité*, pour justifier leur mépris des lois. Voyez ce que nous disons ci-après de cette nouvelle base des décisions judiciaires.

8. *Disputatio fori, responsa prudentum.*

« His legibus latis, cœpit, ut naturaliter evenire solet,
 « ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem,
 « ac necessariam esse disputationem fori. Hæc disputatio,
 « hoc jus, quod sine scripto venit, compositum à pru-
 « dentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut cæ-
 « teræ partes juris suis nominibus designantur, datis pro-
 « priis nominibus cæteris partibus, sed communi nomine
 « appellatur *jus civile* (1). (*Pomp. L. 2, § 5, de orig. jur.*).

« Est proprium *jus civile* quod, sine scripto, in sola
 « prudentium interpretatione consistit (*eod. § 12*).

« Massurius Sabinus publicè primus
 « scripsit, posteaque hoc cœpit beneficium dari à Tibe-
 « rio Cæsare, hoc tamen illi concessum erat. — Et, ut
 « obiter sciamus, ante tempora Augusti publicè respon-
 « dendi jus non à principibus dabatur : sed qui fiduciam
 « studiorum suorum habebant, consulentibus responde-
 « bant, neque responsa utique signata dabant : sed plerum-
 « que iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos
 « consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris
 « auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus
 « responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio
 « cœpit : et ideo optimus princeps Hadrianus, cùm ab eo
 « viri prætorii peterent ut sibi liceret respondere, res-
 « cripsit eis, *hoc non peti, sed præstari solere : et ideo si*
 « *quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad res-*
 « *pondendum se præpararet* (*eod. § 47*).

« Responsa prudentum sunt sententiæ et opiniones
 « eorum quibus permissum erat *de jure respondere* : nam

(1) En opposant ce mot au mot *honorarium* ou *prætorium*, comme dans la *L. 7 de just. et jur.*

« antiquitùs *constitutum* erat ut essent qui jura publice
 « interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi da-
 « tum est : qui jurisconsulti appellabantur. Quorum om-
 « nium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant,
 « ut judici recedere a responso eorum non liceret ; ut est
 « *constitutum* (*Inst. § 8, de jur. nat. g. et c.*).

« Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones
 « eorum quibus permissum est *jura condere*. Quorum om-
 « nium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita
 « sentiunt legis vicem obtinet ; si vero dissentiunt, *judici*
 « licet quam velit sententiam sequi. Idque rescripto divi
 « Hadriani significatur (*Gaius, 1 Com. § 7*).

« Perpetuas prudentium contentiones eruere cupien-
 « tes, ULPIANI ac PAULI in PAPINIANUM notas, qui, dum
 « ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum quam
 « depravare voluerunt, aboleri præcipimus (*Const. 321*).

« Universa quæ scriptura PAULI continentur, recepta
 « auctoritate firmanda sunt et omni veneratione cele-
 « branda. Ideòque sententiarum libros plenissima luce et
 « perfectissima elocutione et justissima juris ratione suc-
 « cinctos, in judiciis prolatos valere minime dubitatur
 « (*Constant. 327*).

«
 « PAPINIANI, PAULI, GAII, ULPIANI atque MODESTINI scripta
 « omnia universa firmamus, ita ut GAIUM atque PAULUM,
 « ULPIANUM et ceteros comitetur auctoritas lectionis quæ
 « ex omni opere recitatur. Eorum quoque scientiam,
 « quorum tractatus atque sententias prædicti omnes
 « suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut
 « SCEVOLÆ, SABINI, JULIANI atque MARCELLI, omnium-
 « que quos illi celebrarunt ; si tamen eorum libri, prop-
 « ter ætatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi
 « autem diversæ sententiæ proferuntur, potior numerus
 « vincat auctorum ; vel, si numerus æqualis sit, ejus

« partis præcellat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir
 « Papinianus emineat; qui, ut singulos vincit, ita cedit duo-
 « bus. — Notas etiam PAULI atque ULPIANI in PAPINIANI
 « corpus factas, sicut dudum statutum est, præcipimus
 « infirmari. — Ubi autem pares eorum sententiæ recitantur,
 « quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat,
 « eligat moderatio judicantis. — PAULI quoque sententias
 « semper valere præcipimus » (*Theod. et Valent.* 426).

Peu de questions offrent plus de difficulté que celle de savoir quelle fut à Rome aux diverses époques la force des opinions exprimées par les jurisconsultes.

Pour arriver à une saine interprétation des textes relatifs à cette matière, nous croyons qu'il faut distinguer :

1° L'influence que les avis donnés par des jurisconsultes sur une affaire particulière, pouvaient exercer sur les magistrats ou les juges appelés à juger cette affaire;

2° L'autorité des opinions adoptées sur des questions abstraites, par la majorité des jurisconsultes d'une époque et à la suite de conférences plus ou moins régulières;

3° Enfin la force qu'ont pu obtenir long-temps après la mort de leurs auteurs, les opinions consignées dans les ouvrages des célèbres jurisconsultes du siècle d'Alexandre Sévère.

Que des jurisconsultes isolés ou même une réunion de jurisconsultes, en exprimant leur avis sur une affaire particulière, aient jamais exercé d'autre influence, quant au jugement de cette affaire, que celle qui naturellement résulte de la conviction apportée dans l'ame du magistrat ou du juge, c'est ce qu'il est bien difficile de supposer (1).

(1) En effet, si la question de Droit qui se présentait dans une affaire particulière avait pu être décidée par les jurisconsultes, de manière que ni les magistrats, ni les juges n'eussent plus rien à faire à cet

Quant aux avis des jurisconsultes sur des questions de Droit considérées d'une manière abstraite, rien ne nous annonce que du temps de la république, les magistrats et les juges se soient jamais considérés comme liés par de semblables avis (1). — Mais il paraîtrait, surtout par le passage de Gaius ci-dessus cité, que du temps des Empereurs (au moins sous le règne d'Adrien), une sorte de conseil interprétatif, composé de jurisconsultes, fut investi par les empereurs du pouvoir de dicter aux juges des règles aux quelles ceux-ci devaient conformer leurs jugemens.

Avant la découverte de Gaius, les meilleurs interprètes pensaient que le passage des *Institutes* : *Quorum omnium, etc.*, se rapportait à une époque bien moins ancienne que celle dont il est question dans la phrase précédente où Tribonien semble avoir eu en vue une autre institution que Pomponius attribue à Auguste. — En effet, on conçoit que, sous les Constantin et les Valentinien, c'est à dire à une époque où la science du Droit, et, en général, toute la civilisation, marchait vers une décadence complète, ceux qui étaient investis du pouvoir législatif, aient pu se décider à consacrer un abus que la grossière ignorance des juges avait seule pu faire naître, et qu'ils aient prescrit à ceux-ci de donner gain de cause à la partie qui avait pour elle le plus d'autorités choisies dans

égard, pourquoi les jurisconsultes n'auraient-ils pas tout d'un coup, soit terminé le procès, lorsque le fait n'était point contesté, sauf, si l'on veut, homologation de la part du Préteur, soit, dans le cas contraire, renvoyé les parties devant les juges, sans les faire passer préalablement devant le Préteur ?

(1) Même lorsqu'au lieu d'être l'ouvrage d'un seul, ils étaient le résultat de conférences tenues par un grand nombre de jurisconsultes, et qu'ils exprimaient la pensée de la majorité.

les écrits des jurisconsultes morts depuis long-temps; ces écrits remplaçaient en quelque sorte des textes de lois peut-être déjà difficiles à trouver. — Mais qu'au temps où le Droit, déjà cultivé avec le plus grand succès, s'avancait rapidement vers son apogée, au lieu de chercher des juges éclairés, on ait créé un conseil de jurisconsultes pour tracer des règles aux juges, c'est ce qu'il est difficile de concilier avec les textes où les empereurs revendiquent hautement pour eux-mêmes l'interprétation des lois (1); et surtout avec cette circonstance que les jurisconsultes ne nous ont fait connaître aucune décision de ce conseil interprétatif. — Cependant, comment rejeter le passage de Gaius? Supposons-nous une intercallation faite par un copiste depuis les constitutions de Constantin et de Valentinien? Mais il faudrait d'abord trouver un motif plausible de cette intercallation. D'ailleurs, ce passage (de même que le § 8 des Inst.) ne s'accorde pas assez bien avec les constitutions dont il s'agit, pour qu'on ne soit pas disposé à y voir autre chose qu'un extrait de ces mêmes constitutions.

9. *Consuetudines, mores, usus, rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritas.*

« Jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto :
 « ut apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔχμαφοι, οἱ δὲ ἀρχαίωροι

(2) Dira-t-on qu'ils approuvaient les avis du Conseil, comme en France, sous le gouvernement impérial, l'Empereur approuvait les avis interprétatifs du Conseil d'Etat? Sans doute, cette supposition rendrait plus vraisemblable l'institution dont il s'agit. Mais se concilie-t-elle avec tout ce que Gaius nous apprend? pourquoi l'Empereur, à défaut d'unanimité n'aurait-il pas approuvé l'avis de la majorité? pourquoi laisser les juges sans règle précisément dans les cas où la question était probablement le plus difficile?

« id est, *legum alicæ quidem scriptæ, alicæ verò non scriptæ.*
 (*Ulp. L. 6, § 1 de just. et jur.*)

« Sine scripto jus venit, quod usus approbavit : nam
 « diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem
 « imitantur (1) (§ 9 *Instit. de jur. n. g. et c.*).

« Mores sunt tacitus consensus populi, longa consue-
 « tudine inveteratus (*Ulp. pp. frag. § 4*).

« Sed et ea quæ longa consuetudine comprobata sunt,
 « ac per annos plurimos observata, velut tacita civium
 « conventio, non minus quàm ea quæ scripta sunt jura,
 « servantur (*Hermog. L. 35, de leg.*).

« Imò magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tan-
 « tum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id
 « comprehendere (*Paul. L. 36, eod.*).

« Inveterata consuetudo pro lege non immeritò cus-
 « toditur (et hoc est jus quod dicitur moribus constitu-
 « tum.) Nam cùm ipsæ leges nulla alia ex causa nos te-
 « neant, quam quod judicio populi receptæ sunt, meritò
 « et ea quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt
 « omnes : nam quid interest, suffragio populus volunta-
 « tatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ? Quare
 « rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm
 « suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu om-
 « nium per desuetudinem abrogentur (*Jul. L. 32, eod.*).

« Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas
 « est : verùm non usque adeò sui valitura momento, ut
 « aut rationem vincat, aut legem (*Constant. L. 2, C. quæ
 sit long. cons. 313*).

(1) La distinction du *Droit écrit* et du *Droit non écrit*, est établie d'une manière différente dans le § des Institutes qui vient immédiatement après celui là ; mais il est évident que le *Droit non écrit* dans le sens du § 10, n'appartiendrait pas moins que le *Droit écrit* à la classe des *lois proprement dites*.

« Diuturna consuetudo pro jure et lege, in his quæ non
 « ex scripto descendunt, observari solet (*Ulpian.*, L. 33,
de leg.).

« Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem
 « ducere non potest, quia (*quavis?*) hoc jus moribus
 « non legibus introductum est (*Pomp.*, *de rit. nupt.* L. 8).

« Si quis ex his quas moribus prohibemur uxores du-
 « cere, duxerit, incestum dicitur committere (*Paul.* L. 39,
 § 1 *de rit. nup.*).

« De quibus causis scriptis legibus non utimur, id cus-
 « todiri oportet quod moribus et consuetudine inductum
 « est : et si qua in re hoc deficeret, tunc proximum et
 « consequens ei est : si nec id quidem appareat, tunc jus,
 « quo urbs Roma utitur, servari oportet (*Jul.* L. 32, *de leg.*).

« Præses provinciæ, probatis iis quæ in oppido fre-
 « quenter in eodem controversiarum genere servata sunt,
 « causa cognita statuet. Nam et consuetudo præcedens, et
 « ratio quæ consuetudinem suasit, custodienda est. Et ne
 « quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitu-
 « dinem suam revocabit Præses provinciæ (*Alex.* L. 1,
C. quæ sit long. cons. 225).

« Leges quoque ipsas, antiquitus probata et servata
 « tenaciter consuetudo imitatur et retinet : et quod offi-
 « ciis, curiis, civitatibus, principiis, vel collegiis præ-
 « titum fuisse cognoscitur, perpetuæ legis vicem obtinere
 « statuimus (*Leo et Anth.* L. 3, *C. quæ sit long. cons.* 469).

« Si de interpretatione legis quæretur; in primis ins-
 « picendum est, quo jure civitas retrò in ejusmodi casi-
 « bus usa fuisset : optima enim est legum interpretres con-
 « suetudo (*Callist.* L. 37 *de leg.*).

« Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambigui-
 « tatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem,
 « aut rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritatem,
 « vim legis obtinere debere (*idem* L. 38 *eod.*).

« Quod non ratione introductum, sed errore primùm,
 « deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus
 « non obtinet (*Cels. L. 39, de leg.*).

• Cum de novo jure, quod inveterato usu non adhuc
 « stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam
 « suggestio judicantis, quàm sententiæ principalis aucto-
 « ritas (*Leo et Zeno, L. 10, C. quæ sit long. cons.*).

« Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis
 « usurarum modus, ex more regionis ubi contractum
 « est, constituitur, ita tamen ut legi non offendat (*Papin.
 L. 1 de usur.*)

« Cum de consuetudine civitatis, vel provinciæ con-
 « fidere quis videtur, primum quidem illud explorandum
 « arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio con-
 « suetudo firmata sit (*Ulp., L. 34, eod.*).

Lorsqu'en traitant cette question : *Qu'elles étaient à Rome les diverses espèces (1) de règles de conduite dont l'observation était garantie par les pouvoirs politiques (2)*, les jurisconsultes appellent l'une de ces espèces : *consuetudo, mores*, et plus rarement *usus*, ils entendent en général par ces mots l'habitude, soit de la part de l'universalité de ceux sur qui ces pouvoirs s'exercent, soit d'une partie d'entre eux, de faire ou d'omettre certaines actions qui n'intéressent pas exclusivement ceux qui en sont ou pourraient en être les auteurs (3).

(1) Sous le rapport de la source d'où elles dérivent.

(2) Le sens que nous attachons à cette expression est suffisamment expliqué par tout ce qui précède.

(3) On appelle aussi *consuetudo*, et on a voulu considérer comme constituant des règles de la même nature que les lois proprement dites, l'habitude des fonctionnaires de l'ordre judiciaire d'appliquer les lois d'une certaine manière (Voyez *Cic. de invent. 2, 22*);

Pour exprimer cette idée dans notre langue, nous emploierons exclusivement le mot *usage* (1); et nous commencerons par distinguer les *usages* en cinq classes, suivant que l'habitude dont il s'agit consisterait :

1° A faire ce que les lois défendent, ou à ne pas faire ce qu'elles ordonnent expressément ;

2° A omettre, comme si la loi la défendait, une action que cette même loi nous laisse la liberté de faire ou de ne pas faire, ou bien, au contraire, à faire, comme si nous y étions obligé, une action que la loi ne nous commande pas ;

3° A compléter de *telle* manière une disposition vague ou indéterminée de la loi ;

4° A interpréter dans *tel* sens une loi équivoque ou obscure ;

5° A donner *tels* effets à certaines déclarations de la volonté individuelle qui peuvent offrir un sens équivoque ou indéterminé.

La première classe d'*usages* nous paraît pouvoir être désignée sous le nom d'*usages dérogatoires* ;

La deuxième, sous le nom d'*usages supplétoires* ;

La troisième, sous le nom d'*usages complémentaires* ;

La quatrième, sous celui d'*usages interprétatifs des lois* ;

Et enfin la cinquième, sous le nom d'*usages interprétatifs ou complémentaires des déclarations de la volonté individuelle*.

mais cela rentre alors dans ce que nous avons dit plus haut des *Édits des Prêteurs*, ou dans ce que nous dirons ci-après de l'*Équité*, etc.

(1) Le mot *coutume*, qui correspond mieux au mot *consuetudo* des Romains, est souvent employé comme synonyme du mot *usage* ; mais nous préférons ce dernier, attendu qu'on avait conservé le nom de *coutumes* aux usages, qui, dans les diverses provinces de la France, furent rédigés et homologués par ordre des Rois, et qui, par conséquent, avait cessé d'être ce que les jurisconsultes entendent par *consuetudines*.

Remarquons d'abord qu'en définitif les deux premières espèces se confondent. En effet, d'un côté, tout droit supposant une obligation et toute obligation constituant un droit; d'un autre côté, tout ce que la loi ne défend pas étant implicitement permis, et chacun étant obligé de ne mettre aucun obstacle à la liberté que la loi a laissé à autrui; il est évident que celui qui ne remplit pas son obligation restreint la liberté d'autrui, tout aussi bien que celui qui prétend qu'un autre fasse ou s'abstienne de faire ce que la loi ne commande ou ne défend pas. — En conséquence, reconnaître soit *dans le premier cas*, qu'il n'y a plus obligation de faire ce que la loi ordonnait, ou bien *dans le deuxième* qu'il y a obligation de faire ce qu'elle n'ordonnait pas, soit, *vice versa*, qu'il n'y a plus obligation de s'abstenir de ce que la loi défendait, ou bien qu'il y a obligation de ne pas faire ce qu'elle permettait de faire; c'est toujours *déroger* à la loi existante.

Or, il ne peut y avoir dans une société bien organisée qu'un seul pouvoir législatif; s'il y en avait deux; ou bien leurs volontés seraient conformes, et alors l'un de ces pouvoirs serait inutile; ou bien elles seraient contraires, et dans ce cas les citoyens ne sauraient à qui obéir, il y aurait anarchie.

Lors donc qu'on trouve chez une nation un pouvoir législatif bien déterminé, on doit décider qu'il n'y en a pas d'autre.

— Mais, dit le jurisconsulte Julien (*L. 32, § 1*), si l'on admet que le pouvoir législatif réside dans le peuple, pourquoi ne considérerait-on pas comme lois les usages généraux qui sont le produit de la volonté de tous?

Je réponds d'abord, que même dans les États où tous les citoyens concourent à la confection des lois, la volonté de la majorité n'est considérée comme *loi*, qu'autant que certaines formalités ont été remplies, par exemple,

que les suffrages ont été recueillis d'une certaine manière.

Je demanderai ensuite comment on pourra trouver, ailleurs que dans une déclaration solennelle, la preuve que la majorité veut reconnaître telle faculté pour *droit*, ou ériger tel fait en *obligation*?

Choisissons quelques exemples :

Malgré une loi qui accordait une plus forte part à l'aîné, le partage égal a eu lieu dans toutes les successions....

Une loi déclarait nulle, vis-à-vis des tiers, toute société dont l'acte n'aurait pas été enregistré; et cependant personne ne s'est prévalu du défaut d'enregistrement....

Quoiqu'une loi exigeât expressément telle forme pour la validité des testamens, jamais les héritiers n'ont refusé d'exécuter la volonté du défunt exprimée dans un acte dépourvu de cette même forme.....

Où ira-t-on chercher la preuve des usages dont nous venons de parler?

Il est évident que ce ne sont point les décisions judiciaires qui pourront nous l'offrir: des jugemens prouvent bien que les tribunaux ont l'habitude de méconnaître tel droit ou de considérer comme ordonné ou défendu tel fait que les lois ont laissé libre; mais, à coup sûr, ils ne sauraient prouver que l'opinion des tribunaux soit celle de l'universalité ou du moins de la majorité des citoyens; au contraire, chaque jugement suppose nécessairement, à côté d'un partisan de l'opinion adoptée par le juge, un partisan de l'opinion contraire.

Il faudra donc faire des enquêtes; mais, à moins d'admettre que chaque portion du territoire national pourra finir par avoir sa loi particulière, il est évident que ces enquêtes devront s'étendre à la totalité du territoire; or, comment le territoire sera-t-il divisé pour de telles opérations? qui est-ce qui sera admis à déposer? par qui les dépositions seront-elles recueillies?

Que si tous les citoyens ne sont pas entendus, il faut au moins entendre tous ceux qui sont considérés, lorsqu'il s'agit de l'exercice des pouvoirs politiques, comme les représentans de leurs concitoyens; et alors constater un *usage*, ce sera la même chose que faire une loi : seulement, si l'on veut que l'usage ait eu force de loi avant d'être reconnu, ce sera une loi *rétroactive*, une loi qui nous punira pour ne l'avoir point exécutée à une époque où il nous était permis de ne pas la connaître (1).

Tout ce que nous venons de dire ne s'applique pas aux usages *complémentaires*; en effet, 1^o la source de ces usages étant dans une loi qui ne saurait s'appliquer sans recevoir une détermination quelconque, si l'autorité qu'on leur accorde établit un partage du pouvoir législatif, au moins elle ne constitue pas un acte d'hostilité contre lui; 2^o ces usages échappent au reproche de rétroactivité, parce que la disposition vague de la loi qu'ils complètent était une sorte d'invitation de les consulter; 3^o s'il arrive, ce qui est assez vraisemblable, que de pareils usages ne soient point uniformes sur toutes les parties de territoire, comme le principe posé dans la loi n'en restera pas moins *un*, l'inconvénient de la diversité de règles sera infiniment moindre que lorsqu'il s'agit de toute autre espèce d'usages; et, dans la même hypothèse, la preuve deviendra d'autant plus facile que le théâtre nécessaire de l'enquête se trouvera plus restreint.

Toutefois les usages complémentaires peuvent encore donner naissance à bien des embarras : depuis combien de temps faut-il que l'usage soit établi? combien faut-il d'actes pour l'établir? un seul acte contraire suffit-il pour l'invalidé

(1) L'acte même de constatation de l'usage est un aveu qu'il pouvait être méconnu.

der? qui doit faire l'enquête? quelles personnes doivent être entendues? sera-t-on admis à faire une contre-enquête?... Il serait à désirer que le législateur, dans le cas où un règlement général ne lui paraîtrait pas praticable, fît constater lui-même tous les usages complémentaires, et les fît écrire dans un supplément au Code dont les dispositions s'y réfèrent.

Quant aux usages *interprétatifs*, lorsqu'une loi a été entendue depuis très long-temps d'une certaine manière, et surtout lorsqu'on a commencé à l'entendre ainsi dès l'époque où elle a été faite, il est difficile de croire qu'une nouvelle interprétation sera plus conforme à la pensée du législateur, et il importe d'autant plus que l'on demeure fidèle à l'interprétation ancienne, que beaucoup d'attentes ont dû s'y conformer. Cependant, si quelque document ignoré jusqu'à ce jour venait nous apprendre d'une manière indubitable que l'intention du législateur a été autre qu'on ne l'avait pensé, je ne conçois pas pourquoi on persisterait à abandonner la vérité pour s'attacher à l'erreur. C'est, sans doute, seulement à la première de ces hypothèses que s'applique la L. 38, ff. *de legib.*

Nous n'avons plus à nous expliquer que sur les *usages interprétatifs*, soit *des contrats*, soit *de toutes autres déclarations de la volonté particulière*.

On ne voit pas d'abord comment ces usages se rattachent à la question que nous traitons maintenant; tout ce qu'on peut dire, c'est que le législateur ayant déclaré que les conventions et quelques autres actes de la volonté particulière, tiendraient lieu de *lois*, les usages qui interprètent telle ou telle expression ou qui déterminent les conséquences de certaines conventions, sont, par rapport à ces *lois particulières*, ce que les *usages interprétatifs des lois* sont, par rapport aux *lois proprement dites*. Cela posé,

lorsque les juges auront à appliquer ces lois particulières, ils consulteront sans doute les usages comme un *indice*, mais ils n'y verront pas une *preuve légale* de la volonté de chaque particulier ; ils pourront interpréter cette volonté conformément aux usages, mais seulement lorsque d'autres indices ne leur annonceront pas une volonté contraire.

Malheureusement les législateurs ont cru devoir conduire, en quelque sorte, les juges à la lisière : ils ont pris la peine de leur dire : *les particuliers qui emploient telle ou telle expression ont telle pensée ; ou bien, ceux qui font telle convention expresse sousentendent telles ou telles clauses.*

Cet excès de sollicitude a donné naissance à une erreur qui établirait, sans doute, une bien plus grande ressemblance entre les *usages relatifs aux actes particuliers*, et les *usages relatifs aux lois* : beaucoup de personnes considèrent comme des lois véritables les *dispositions interprétatives* (1) dont les Codes sont quelquefois surchargés ; et en conséquence, à leurs yeux, les usages qui se formeraient en opposition avec ces mêmes dispositions, présenteraient tout-à-fait les mêmes caractères que les *usages dérogatoires* dont nous avons parlé ci-dessus.

Nous ne saurions trop combattre cette erreur (2) : comment supposer qu'un législateur ait eu la prétention de fixer la langue, et qu'il ait pu croire que des circonstances nouvelles ne viendraient jamais modifier l'esprit de certaines conventions

Il est évident que les usages existans à l'époque où une

(1) Nous parlerons ailleurs des *dispositions applicatives*, qui, lorsque leur véritable caractère est méconnu, ne présentent pas de moindres inconvéniens.

(2) Son premier résultat est que les *conventions* deviennent de véritables pièges où les plus expérimentés peuvent se laisser prendre.

convention est faite, sont un guide bien plus sûr pour découvrir la pensée des parties, que des dispositions *interprétatives* (1) qui souvent remontent à une époque très éloignée. Si de pareilles dispositions pouvaient être considérées comme des lois, je m'empresserais de reconnaître qu'il est des lois que les usages contraires peuvent abroger.

Mais, ni les dispositions interprétatives, ni les *usages* ayant le même caractère, ne doivent être considérés par le juge comme une règle absolue : il n'y conformera sa décision que lorsqu'aucun autre indice ne lui annoncera plus clairement la volonté des parties.

Æquitas, Bonum et Æquum, Justitia, Jus naturale, Ratio naturalis (2).

Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus : tamen , ubi *æquitas* evidens poscit, subveniendum est (*Marcel. L. 183, de R. J.; Cf. id. L. 7, de in int. rest.*).

(1) Nous examinerons, dans nos *Prolégomènes généraux du Droit*, si dans quelques cas ces dispositions ne doivent pas cependant obtenir une sorte d'autorité législative.

(2) On trouve dans beaucoup de textes d'autres expressions qui sont plus ou moins synonymes de celles-là; notamment les suivantes : *natura, boni mores, bona fides, utilitas, honestas publica, pudor, res religiosa et probabilis, humanior sententia, pietas*.

Aux textes que nous allons citer et qui nous présentent l'opinion personnelle du magistrat ou du juge comme pouvant servir de base aux décisions judiciaires, à la place, et par conséquent au mépris de la disposition expresse ou tacite des lois, nous opposerons les textes suivans : ils prouvent que de tout temps, cette déviation des vrais principes politiques a trouvé de puissans adversaires :

« Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est (*pr. J. de officio judic.*).

« Judex, si quid adversus legis præceptum in judicando dolo malo prætermiserit, legem offendit (*Papin. L. 40, § 1, de judic.*).

Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse *justitiæ æquitatisque*, quàm stricti juris rationem (*Constant. L. 8, C. de jud.*).

In omnibus quidem, maxime tamen in jure, *æquitas* spectanda sit (*Paul. L. 90, de R. J.; Cf. Mod. L. 25, de leg.*).

Item, inquit Prætor : *Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituum*. Hæc clausula Edicto inserta est necessariò : multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt ; ut quotiens *æquitas* restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum : utputà, legatione quis pro civitate functus est, æquissimum est eum restitui, licèt reipublicæ causa non absit (*Ulpian. L. 26, § 9, ex quib. caus.*).

Quamquam tamen deficiat aquæ pluvie arcendæ actio : attamen opinor *utilem actionem* vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi verò nihil nociturus est : hæc *æquitas* suggerit, etsi jure deficiamus (*Paul. L. 2, § 5, de aqua et aq. pluv. arcend.*).

« Si judex constitutiones principum neglexerit, punitur (*Marcian. L. 1, § 3, ad leg. Cornel. de fals.*).

« quod quidem perquàm durum est : sed ita lex scripta est (*Ulpian. L. 12, § 1, ff. qui et a quib.*).

« Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis « et oportet et licet inspicere (*Constant. L. 1, C. de leg. 316.*)

« Quotiens æquitate desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris « moratur, justis decretis res temperanda est (*Paul. L. 85, § 2, de R. J.*).

« Non est novum, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, « licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt » (*Paul. L. 85, § 1 de R. J.*).

Remarquez que ce dernier passage va au delà de ce que nous prétendons, car il semble dire que la loi doit être appliquée alors même qu'on est convaincu que le législateur n'a pas eu en vue les circonstances actuelles.

..... sed quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi à te reddi bonum et æquum est (*Celsus. L. 32, ff. de reb. cred.*).

Qua vulgò iter fiet... quanti bonum æquum judici videbitur, condemnetur (*Ulp. L. 42, ff. de ædil. edict.*).

De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus : consistent enim in sola æquitate (*Scævola L. 14, de div. temp. præscr.*).

..... Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo : esse enim hanc quæstionem de bono et æquo : in quo genere *plerumque sub auctoritate juris scientiæ perniciosè*, inquit, *erratur* (*Paul. L. 91, § 3, de verb. obl.*).

Indebiti soluti conditio naturalis est..... (*Paul. L. 15, de condict. indeb.*).

Nam hoc naturâ (1) æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores (*Pomp. L. 14, eod.*).

Furtum..... lege naturali prohibitum est admittere (*Paul. ex. L. 1, § 3, ff. de furt.*).

In ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet (*Ulp. ex. L. 10, § 1, ff. de reb. dub.*).

.... Quædam cognationes jure civili, quædam naturali connectuntur (*Modest. L. 4, § 2, ff. de gradib. et affîn.*).

(1) Les jurisconsultes donnent au mot *natura* plusieurs acceptions, plus ou moins diverses. — Quelquefois, en disant qu'une chose est *contra naturam*, ils entendent que les lois physiques s'opposent à ce qu'elle se réalise (Voyez *L. 46 et L. 188, de R. J.*; *L. 2, § 1, ff. de usufruct. ear. rer.*); *vice versa*, ils entendent qu'une chose est commandée par ces mêmes lois, lorsqu'ils disent qu'elle l'est *naturâ* (Voyez *L. 69, ff. de usufruct.*). — D'autres fois *rerum natura* signifie les conditions essentielles d'une institution humaine (*V. L. 23, § ult. ff. de adj. poss.*; *L. 5, ff. de rei. vind.*; *L. 13, ff. de interrogat.*; *L. 14, § 1. eod.*). — D'autres fois enfin, *natura* signifie l'état originaire d'une personne ou d'une chose.

Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt: quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt (*Alex. L. 4, C. de nupt.*).

..... bono et æquo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum (*Pomp. L. 6, ff. de jure dot.*).

Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores (*Pomp. L. 206, ff. de R. J.*).

Bona fides (1) non patitur ut bis idem exigatur (*Gaius, L. 57, eod.*).

Bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat. Sed eam utrum æstimamus ad merum jus gentium, an verò cum præceptis civilibus et prætoriiis? Veluti, reus capitalis judicii deposuit apud te centum, is deportatus est, bona ejus publicata sunt; utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale jus et gentium intuemur, ei, qui dedit, restituenda sunt: si civile jus, et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam malè meritis publicè, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet (*Tryphon. L. 31, pr. ff. deposit. vel contra.*).

(1) Remarquez que, dans beaucoup de cas, c'est tout-à-fait surabondamment que les jurisconsultes appellent l'équité à l'appui des lois: par exemple, lorsque la loi a posé comme règle générale, au nombre des conditions requises pour la validité des conventions, le consentement libre et éclairé des parties, il n'est pas besoin d'invoquer l'équité pour annuler une convention qui est le résultat du dol; pourvu toutefois que la loi elle-même ne mette pas expressément obstacle à cette annulation, comme elle le faisait à Rome dans les contrats de *droit strict* (c'est pour corriger cette rigueur que le Préteur avait introduit l'exception de *dol*); de même, lorsque la loi ne permet d'exiger qu'une seule fois telle ou telle prestation, qu'est-il besoin de recourir à l'équité pour repousser celui qui voudrait l'exiger une seconde fois?

Incurrit hic et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto, æstimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco : latro spolia quæ mihi abstulit, posuit apud Seium ipscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem, accipientemque intuemur, hæc est bona fides ut commissam rem recipiat is qui dedit : si, totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quæ facto scelestissimo adempta sunt. Et probo *hanc esse justitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione*. Quòd si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis malè quæsita deposuit. Quod et Marcellus in prædone, et fure scribit. Si tamen ignorans latro, cujus filio, vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve ejus deposuit ignorantem, nec ex jure gentium consistet depositum; cujus hæc est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit, rectè dicetur non contrahi depositum : quia non est ex fide bona, rem suam dominum prædoni restituere compelli. Sed et si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet (*ibid.* § 1.)

..... æquum est enim, ut cujus participavit lucrum, participet et damnum (*Ulpian. L. 55, ff. pro socio.*).

..... Rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis (1). (*Marcian. ex L. 2, ff. de inoff. testam.*).

(1) Peut-être, dans cette loi, s'agit-il plutôt de justifier un Edit, que

Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quicquid dotis nomine dederit, non repetit : sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest (*Julian. L. 32, § 2, ff. condict. indeb.*).

Undè nec vulgò quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere : quoniam *in contrahendis matrimoniis naturale jus, et pudor inspiciendus est* : contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere (*Paul. L. 14, § 2, ff. de ritu nupt.*).

Tamen ex hujusmodi stipulatione contra bonos mores interposita, denegandas esse actiones, juris auctoritate demonstratur (*Max. et Diocl. L. 5, C. de cond. ob turp. caus.*).

Conditiones, quæ *contra bonos mores* inseruntur, remittendæ sunt (1) : veluti, *si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non præstiterit* (*Paul. L. 9, ff. de condit. institut. ; Cf. Marcian. L. 14, § 8, eod.*).

Non dubitamus quin *turpes* conditiones remittendæ sint : quo in numero plerumque sunt etiam jurisjurandi (2) (*Marcell. L. 20, ff. de condit. et demonstr.*).

Que les Préteurs ne se soient pas contentés d'élever leurs opinions personnelles au rang des lois, en les promulgant par leurs *Edits*, et que ces opinions, même sans avoir reçu préalablement aucune espèce de promulgation,

de reconnaître au magistrat ou au juge le droit de statuer dans un cas particulier en ayant égard à ce qu'on appelle *officium pietatis*.

(1) Il est évident qu'on reconnaît ici, soit au Préteur, soit au Juge, le pouvoir de déterminer ce qui est *bonnes* ou *mauvaises mœurs*, et en conséquence de faire ou de ne pas faire résulter de certains actes des obligations ou effets légaux.

(2) Ici, il y a une disposition formelle de l'Édit.

aient été quelquefois la seule base de décisions attributives de droits ou *impositives* d'obligations, c'est ce que les textes que nous venons de rapporter ne permettent pas de révoquer en doute (1).

Bien plus, ce pouvoir, les Préteurs ne se sont pas contentés de se l'attribuer à eux-mêmes, ils ont souffert que les juges l'usurpassent aussi dans quelques cas; ils paraissent même le leur avoir implicitement conféré par ce qu'on appelait *formula bonæ fidei* (2).

Il n'est cependant personne qui ne s'aperçoive qu'un pareil système présente tous les inconvénients qu'on pouvait reprocher aux Édits à l'époque où les Préteurs se permettaient de les changer durant le cours de leur magistrature et souvent en considération d'un procès déjà né ou du moins prévu. Que dis-je, ce système est encore

(1) Dans quelques uns de ces textes, non seulement on reconnaît au Préteur ou au Juge le pouvoir de prononcer d'après d'autres règles que celles que le législateur a érigées en lois, mais on va jusqu'à commander aux juges de donner la préférence à ces règles dans le cas où elles seraient en opposition avec les lois.

(2) Il n'est pas bien prouvé cependant qu'en vertu de ces formules le juge eût pu reconnaître comme *droits* des prétentions qui n'avaient pour base ni la loi ni la volonté des parties. En général, le juge, dans le cas des formules *bonæ fidei*, comme le Préteur, lorsqu'il accordait les *exceptions* (ou même les *actions*) de *dol* ou de *violence*, ne faisait que préférer la volonté réelle, soit du législateur, soit des parties, à une volonté présumée: ils déclaraient implicitement que telle règle, fondée sur ce qui arrive le plus ordinairement, ne rencontrait pas, dans tel cas particulier, les conditions de son établissement; et c'est précisément parce qu'en règle générale, le juge était astreint à prononcer d'après la lettre des conventions, ou bien parce que les *indemnités* d'un délit ou quasi délit étaient ordinairement fixées par la loi même ou par le Préteur, qu'on avait introduit, pour certains cas, les formules *bonæ fidei* et les *exceptions*. Chez nous le juge a, dans toutes les affaires, le droit que le juge romain n'avait que dans quelques unes, et cependant jamais ce droit n'a été considéré comme emportant attribution d'une part de la puissance législative.

plus dangereux que celui des Édits de circonstance (*repentina Edicta*), car la publicité qu'il fallait donner aux Édits devait ordinairement retenir un Préteur qui eût été disposé à écouter la voix de ses passions.

Comment se fait-il donc que, long-temps après la défense qui leur fut faite de changer leurs Édits, les Préteurs ne craignirent pas d'avouer que leurs décisions sur certaines matières reposaient sur une autre base que la loi? Comment a-t-on souffert que les juges s'arrogeassent aussi quelquefois le même pouvoir?

Les matières de Droit qui ont été l'occasion de cette espèce d'usurpation du pouvoir législatif, offrent-elles quelque caractère particulier qui la justifie, ou du moins qui explique comment ces matières en ont été spécialement l'objet? C'est une question d'un haut intérêt et d'une grande difficulté; il ne nous est pas possible de la traiter ici : nous nous contenterons de faire observer que les Empereurs, si jaloux du pouvoir législatif (qu'ils avaient usurpé), ont cependant non seulement toléré cette invasion des Préteurs dans le domaine de la législation, mais ont été jusqu'à conférer eux-mêmes (1) à des fonctionnaires de l'ordre judiciaire le droit de suppléer en quelque sorte aux lois ou de les corriger, en prenant pour base de leurs décisions l'équité, le droit naturel, l'honnêteté publique, etc. — A la vérité, telle ne fut pas la conduite de tous les Empereurs (2), et

(1) Quelques personnes pensent que les Préteurs leur avaient, à cet égard, donné l'exemple, en conférant aux juges, par les formules d'action qu'on appelait *formulae bonæ fidei*, le droit de s'écarter du Droit proprement dit? C'est un point que nous aurons à examiner dans notre Traité des actions.

(2) Si l'on compare sous ce point de vue la plupart des législations modernes, on apercevra entre elles les mêmes contradictions que nous avons fait remarquer dans les écrits des jurisconsultes ou dans les constitutions des Empereurs romains :

quelques uns d'entre eux ont même formellement défendu aux juges de s'écarter des lois sous prétexte de se conformer à l'équité (Voyez ci-dessus la L. 1, C. de legib.).

Ainsi, dans le *Code Frédéric*, nous lisons cette disposition (*Art. 7 du Titre 2 de la première Partie*): « Faisons défense aux Juges, ...
« sous prétexte. d'une équité qui n'a très souvent de fonde-
« ment que dans leurs propres cerveaux, de former à leur gré des
« exceptions, des limitations ou des amplifications. »

Au contraire, le Code autrichien porte (§ 7 de l'*Introduction*): « Lorsqu'une cause ne pourra être jugée ni d'après la lettre, ni
« d'après le *sens naturel* d'une loi, on examinera d'abord si elle ne
« trouverait pas sa solution dans les termes ou l'esprit d'une loi ana-
« logue; mais si cette ressource manque encore, on devra appliquer
« les *principes du Droit naturel*, en pesant mûrement toutes les circon-
« stances de la cause. »

Il y avait une disposition analogue à celle du Code autrichien dans le projet de Code civil qui fut rédigé par MM. Portalis, Tronchet, Bigot Préameneu et Malleville (*Livre préliminaire, Tit. 5, Art. 11*):
« Dans les matières civiles, le Juge, à défaut de loi précise, est un
« ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux
« usages reçus, dans le silence de la loi positive. »

Mais la discussion de ce projet de Code dans le sein du Conseil d'État, amena la suppression de cet article, qu'il eût été, au reste, bien difficile de concilier avec cette autre disposition qu'on considérait encore alors comme une disposition constitutionnelle :

« Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et
« nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » (*Art. 5 de la Constitution de 1791*).

Il est étonnant que malgré un texte si formel, et malgré la suppression de l'article 11 du projet, quelques commentateurs présentent encore ce qu'ils appellent l'*Équité* ou le *Droit naturel* comme un supplément à nos Codes; il est étonnant surtout qu'ils aient cru trouver un argument en faveur de leur opinion dans l'article 4 du Code civil. — Quoi qu'aient pu dire à ce sujet quelques orateurs du Tribunat trop disposés à s'alarmer, le seul sens qu'on puisse donner raisonnablement à cet article 4, c'est que les Juges ne peuvent pas se dispenser de terminer les différens qui leur sont soumis : ils ne peuvent pas dire, comme faisaient les Juges romains : *non liquet*; il faut qu'ils accueillent la demande portée devant eux, ou qu'ils la rejettent; c'est au demandeur à prou-

ENCORE SUR LES §§ V ET VI.

« Nam et Demosthenes sic definit : *Lex est, cui omnes*
 « *obtemperare convenit : tum ob alia multa, tum vel maximè*
 « *eo quod omnis lex, inventum ac munus Dei est : decre-*
 « *tum verò prudentum hominum, coërcitio eorum, quæ*
 « *sponte, vel involuntariè delinquantur : communis spon-*
 « *sio civitatis, ad cujus præscriptum omnes, quæ in ea re-*
 « *publica sunt, vitam instituere debent.*

« Sed et philosophus summæ Stoicæ sapientiæ Chry-
 « sippus sic incipit libro, quem fecit *de lege* : *Lex est*
 « *omnium divinarum, et humanarum rerum regina. Opor-*
 « *et autem eam esse præsidem et bonis et malis, et prin-*
 « *cipem ei ducem esse : et secundùm hoc, regulam esse*
 « *justorum, et injustorum, et eorum, quæ natura civilia*
 « *sunt, animantium, præceptricem quidem faciendorum,*

ver que sa demande est fondée sur une loi, sinon le Juge le déboutera de son action ; et le Juge satisfera ainsi au vœu de l'article 4, comme il y satisferait en condamnant le défendeur si la demande était justifiée. En effet, qui s'est jamais imaginé que rejeter une demande ce soit *ne pas juger*, et qu'il y ait déni de justice toutes les fois que le demandeur ne triomphe pas ?

Nous devons avouer que quelques conséquences du système qu'avaient embrassé les rédacteurs du projet du Code civil, ont échappé à l'attention de leurs adversaires : nous citerons pour exemple les articles 565, 900, 1133 et 1387.

L'article 565 est surtout bien remarquable : le législateur avoue implicitement qu'il n'a pas su reconnaître la règle à suivre pour statuer sur certaines questions, et il se réfère aux lumières des Juges. Mais ces lumières qui ont manqué dans un Conseil d'Etat où devrait être appelée l'élite de la nation, les trouvera-t-on dans un Tribunal de trois Juges ? Il s'agit dans l'article 565 d'une distribution de perte ; or, j'ai connu des Juges qui, en pareil cas, étaient toujours d'avis de faire tomber la perte sur la partie la plus riche ; d'autres seraient peut-être disposés à la diviser.

Dira-t-on que ce n'est pas s'en rapporter à la volonté du Juge, que de lui ordonner de prendre l'*Equité* pour base de ses décisions ?

« *prohibitricem autem non faciendorum* » (*Marcian. , L. 2 , de leg. .*).

Nous ne nous sommes occupés ci-dessus que de déterminer le sens qu'on doit attacher au mot *loi* dans la science spéciale à laquelle cette *Introduction* est consacrée ; mais ce mot reçoit souvent d'autres acceptions, soit dans la langue scientifique, soit dans le langage ordinaire : et d'abord, il est pris dans une acception beaucoup plus générale par les philosophes qui embrassent l'ensemble des connaissances humaines ; cette acception se modifie ensuite ou se restreint d'une manière différente suivant qu'il s'agit des sciences proprement dites, ou des théories d'art ; et dans les sciences, elle est loin d'être absolument la même, pour le physicien que pour le moraliste, pour le mathématicien que pour le physiologiste.

— Nous avons répondu à l'avance à cette objection, en montrant combien les opinions sont divergentes, non seulement sur ce que l'Équité prescrit, mais sur la question même de savoir ce qu'il faut entendre par *Équité*.

Une objection plus sérieuse, c'est que si on astreint les Juges civils à ne reconnaître pour *droit* que ce que le pouvoir législatif a déclaré tel, il faudra aussi astreindre les Jurés à suivre les lois quelque contraires qu'elles paraissent à l'utilité générale. — Je répondrai que le *Jury* représentant le *pays*, c'est-à-dire la nation à qui l'accusé a porté dommage, il est en quelque sorte tout à la fois partie et juge ; or, comme partie, il lui est bien permis de renoncer à son droit ; le Juge, au contraire, est un tiers qui n'a aucun intérêt au procès : en refusant de reconnaître pour *droit* ce que la loi déclare tel, il dispose donc de ce qui n'est pas à lui. — Au surplus l'*omnipotence du Jury* est dans la nature de cette institution : il est facile de la contester, mais il est impossible de la détruire sans détruire le Jury même. Si l'omnipotence présente des inconvénients, qu'on les pèse avec les autres raisons qui peuvent militer pour ou contre l'institution du Jury ; mais, le Jury une fois adopté, (et quel est le bon esprit qui peut hésiter à cet égard ?) la question de l'omnipotence est décidée.

Quoique le mot *lex* n'ait jamais eu à Rome cette généralité et cette variété d'acceptions, on voit, par le texte ci-dessus, qu'il était pris quelquefois dans un sens bien plus général que celui que nous avons voulu rendre par l'expression *loi proprement dite*, plus général surtout que celui qu'on lui donnait lorsqu'on l'employait (ainsi que nous l'avons vu ci-dessus) comme synonyme du mot *populiscitum*.

Il serait superflu de nous livrer à la critique des définitions, plus déclamatoires que philosophiques, de Démosthènes et de Chrysippe; notre opinion à cet égard résulte suffisamment de ce que nous avons dit dans les §§ II, III et IV de cette *Introduction*.

SUR LES §§ VI, VIII ET XIII.

« Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (*Celsus*, L. 17, ff. de legib.).

« Sin autem quæreretur jurisconsultus quisnam verè nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis ejus qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum, et ad agendum et ad cavendum peritus esset (*Cicer. de Orat.* I: 48).

« Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur (*Paul. L.* 26, pp. ff. de legib.).

« Necessarium itaque nobis videtur juris originem (1) atque processum demonstrare » (*Pomp. L.* 2, de orig. jur.).

(1) On doit s'étonner de trouver à côté de ce texte les deux passages suivans qui bouleversent toute saine théorie de l'interprétation des lois :

« Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest (*Julian. L.* 20, de legib.).

« Et ideò rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportet : alioquin multa ex his quæ certa sunt, subvertuntur » (*Nerat. L.* 21, eod.).

SUR LES §§ VII ET XIV.

« Hujus studii duæ sunt positiones : publicum et privatum. Publicum est quod ad statum rei romanæ spectat. Privatum quod ad singulorum utilitatem spectat. Sunt enim quædam publicè utilia , quædam privatim. Publicum jus in sacris , in sacerdotibus , in magistratibus consistit » (*Ulp. L. 1, § 2, ff. de justit. et jur.*).

« Jus triplex tabulæ quod ter sanxere quaternæ : sacrum , privatum , populi commune quod usquam est » (*Auson.*).

Nous pensons avec Bentham qu'une division tripartite, en *Droit public*, *Droit demi-public* et *Droit privé*, satisferrait mieux aux besoins de la science, que la division d'Ulprien ; mais nous réservons pour nos *Prolégomènes* le développement de cette idée de classification.

Nous ferons remarquer que la partie du Droit romain, *quæ in sacris et sacerdotibus consistit*, était ordinairement désignée par le nom de *jus divinum* ou *jus sacrum* ; on l'opposait, soit à toutes les autres parties du Droit romain réunies sous le titre de *jus humanum*, soit, comme on le voit dans le passage d'Ausone, à deux autres parties distinguées par les dénominations *jus privatum* et *jus publicum*.

On distinguait ensuite les diverses parties du *jus sacrum* par des dénominations particulières : *pontificum jus*, *jus augurium*, etc. ; quelques personnes prétendent que le *jus feciale* faisait aussi partie du *jus sacrum*.

« Omne jus vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet » (*Gaius, L. 1, ff. de stat hom.*).

C'est, je pense, uniquement au Droit privé que *Gaius* a voulu appliquer la subdivision exprimée dans ce passage que Tribonien a inséré dans le Digeste, qu'il s'est approprié dans ses *Institutes* et qui, depuis quatorze siècles,

entendu tantôt d'une manière tantôt d'une autre, a exercé une si fâcheuse influence sur la classification des Codes et des Traités élémentaires du Droit privé (1).

Le premier chapitre de mes *Prolégomènes* étant consacré à la *Classification* et à la *Nomenclature du Droit*, c'est là que je tâcherai de démontrer le vice des classifications vulgaires, et d'établir les bases de la classification nouvelle que je me propose d'appliquer à toutes les branches du Droit (2); je me contenterai maintenant de quelques observations, au moyen desquelles on pourra parfaitement comprendre le plan de cette Chrestomathie, même sans avoir lu préalablement mes *Prolégomènes*.

La science du Droit n'a évidemment qu'un seul objet, savoir, les *rapports légaux*, c'est-à-dire les *droits* ou les *devoirs* qui existent entre les diverses classes de *personnes*. Cette science ne s'occupe des *personnes* que sous le rapport de leurs droits ou de leurs devoirs, et elle ne considère les *choses* que comme l'occasion de certains droits.

Mais, comme toutes les personnes n'ont pas les mêmes droits et les mêmes devoirs, et qu'au contraire la plupart des droits ou devoirs dépendent, soit de certaines qualités qui n'appartiennent point à tous, soit de certains événemens qui se réalisent tantôt en faveur de l'un, tantôt en faveur de l'autre, il est évident qu'il ne suffit pas de faire connaître tous les droits et tous les devoirs; qu'il faut encore expliquer les diverses qualités ou les divers évé-

(1) Je ne crois pas qu'Ulpien ait été plus heureux, lorsqu'il a dit :

« Totum autem jus consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo : aut enim hoc agitur : quemadmodum quid cujus-que fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat. » (*L. 41 de legib.*)

(2) J'ai déjà traité ce sujet dans la *Thémis*; Voyez tom. III, pag. 246, et tom. VI, pag. 294.

mens qui sont la cause ou du moins l'une des causes de l'existence de certains droits ou de certains devoirs.

Parmi les qualités dont il s'agit, les unes ne sont en rapport qu'avec une certaine classe de droits ou devoirs privés; les autres exercent, au contraire, leur influence sur l'universalité de ces droits ou devoirs : en même temps qu'elles sont la source immédiate de quelques uns, elles sont une condition préalable pour que certains événemens ou bien d'autres qualités d'un effet plus restreint puissent engendrer tous les autres droits ou devoirs.

Il est évident qu'il importe de faire connaître avant tout ces qualités *fondamentales*, si je puis ainsi m'exprimer, qui sont, pour chaque personne, la cause *immédiate* ou *médiate* de tous les droits et devoirs dont elle est ou peut être investie.

Chez un grand nombre de peuples, ces qualités, qui constituent ce que nous appelons l'*État civil*, se réduisent à deux, savoir : celle de *citoyen*, et celle qui consiste à n'être atteint d'aucune *incapacité naturelle*.

Les individus qui réunissent ces deux qualités forment partout la classe la plus générale; ceux qui sont privés de l'une d'elles ou de toutes deux, forment des classes exceptionnelles.

Après avoir expliqué comment on acquiert et comment on peut perdre ces qualités fondamentales, il conviendra de s'occuper d'abord de la classe de personnes dont la condition légale forme en quelque sorte le droit commun ou la règle générale. Cette condition bien connue, il sera facile d'expliquer la condition des autres personnes : il suffira, en effet, d'indiquer quels sont, parmi les droits ou devoirs des premières, ceux qui n'appartiennent point aux autres, ou bien quels sont au contraire les droits ou devoirs que quelques personnes ont de plus que la généralité des sujets de la loi.

En conséquence, il nous semble qu'un *Traité du Droit privé*, doit d'abord être divisé en trois livres :

Dans le premier, on fera connaître les événemens investitifs et divestitifs des grandes qualités dont nous venons de parler ;

Dans le deuxième, on expliquera tous les droits et devoirs qui constituent nécessairement ou accidentellement la condition légale de la classe plus générale ;

Dans le troisième, on réunira tout ce qui forme, pour ainsi dire, exception aux règles établies dans le second, c'est-à-dire qu'on expliquera la condition légale des différentes classes *exceptionnelles*, en faisant connaître ce qu'elles ont de plus ou de moins que la classe *générale*.

Le deuxième livre sera divisé en six sections :

La première section contiendra les droits et devoirs qui dérivent immédiatement de la qualité même de la personne, et que nous appellerons droits ou devoirs *primordiaux*.

Tous les autres droits ou devoirs (qu'on peut appeler *accidentels*) feront , dans l'ordre suivant, la matière des cinq autres sections : 1^o *Droits de propriété* ; 2^o *Obligations ou Droits relatifs* ; 3^o *Droits qui unissent les membres d'une même famille* ; 4^o *Droits qui résultent des successions* ; 5^o *Droits sanctionnateurs*, vulgairement appelés *Actions*. Dans chacune de ces cinq sections nous examinerons successivement : 1^o la nature des droits ou devoirs qui en sont l'objet, et 2^o les qualités subordonnées ou les événemens particuliers qui font acquérir ou perdre ces droits ou ces devoirs.

Le troisième livre se divisera d'abord en autant de parties qu'il renferme de classes exceptionnelles bien distinctes ; puis, dans chaque partie on suivra, autant que l'abondance des matières l'exigera, le plan que nous venons d'indiquer pour le deuxième livre.

PRINCIPES

DU

DROIT PRIVÉ ROMAIN.

LIVRE PREMIER.

(*Correspondant au premier livre des Institutes.*)

DES DIVERSES CLASSES DE PERSONNES (1),

ET DES ÉVÉNEMENS EN VERTU DESQUELS UN INDIVIDU APPARTIENT
OU CESSE D'APPARTENIR A CHACUNE D'ELLES.

PR.

Cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit,
primo de Personarum statu dicemus (*Hermog. L. 2, ff. de hom. stat.*).

Définitions.

Hominis appellatione tam foeminam quam masculum
contineri constat (*Gaius, L. 152, ff. de V. S.*).

(1) Il ne s'agit ici que des Personnes *réelles* et non des *êtres de raison* qu'on appelle ordinairement Personnes *morales* (Cf. ff. lib. III. tit. 4), telles que l'État (Cf. C. lib. XI. tit. 29-39), le Fisc (Cf. ff. de jure fisci, lib. XLIX, tit. 14. C. x, 1.), certaines Communautés ou Corporations (C. ff. lib. XLVII. tit. 22 de collegiis et corporibus; L. 1. ff. ad municipalem; L. 4. ff. de munerib. et honorib. L. 6. ff. de jure universitatis.; L. 8. ff. de ad-

Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur
(*Ulpian. L. 13, eod.*).

Divisions des Personnes (1).

Et quidem summa divisio de jure Personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi (*Gaius, 1 Com. 9*).

Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini (*ibid. 10*).

Ingenui sunt qui liberi nati sunt, libertini qui ex justa servitute manumissi sunt (*ibid. 11*).

ministracione rerum ad civitates pertinentium; L. 9. ff. de decretis ab ordine faciendis).

Dans ce premier livre nous ferons seulement connaître comment les Personnes se divisaient en différentes classes, et en vertu de quels événemens un individu appartenait ou cessait d'appartenir à telle ou telle classe : c'est dans les livres suivans que nous expliquerons les droits, soit nécessaires, soit accidentels, de chaque classe de Personnes.

(1) Les divers points de vue sous lesquels on peut considérer les Personnes sont partout assez nombreux ; à Rome ils ont été fort multipliés, principalement à l'époque que nous considérons ; ainsi la liberté, l'ingénuité, la cité, la famille, l'âge, le sexe, etc., étaient autant de circonstances qui servaient à établir des distinctions légales entre les hommes.

Gaius, dans les passages cités ici, ne considère que la liberté et l'ingénuité : ces divisions nous ont paru insuffisantes surtout pour l'étude historique du droit romain.

Nous avons pensé que pour présenter un tableau un peu complet des personnes, il était nécessaire d'admettre plusieurs ordres de divisions. Nous nous sommes arrêtés à trois points de vue principaux, les considérations politiques, la constitution de la famille, et les incapacités naturelles, c'est-à-dire les inégalités purement individuelles et tout-à-fait indépendantes de la volonté du législateur.

PREMIÈRE DIVISION

RÉSULTANT DE DIFFÉRENCES FONDÉES SUR DES
CONSIDÉRATIONS POLITIQUES (1).

SECTION I.

DES CITOYENS ROMAINS (2).

ART. I. COMMENT S'ACQUIERT LA QUALITÉ DE CITOYEN
ROMAIN.

1^o *Au moment même de la naissance.*

(1) Les considérations politiques ont donné naissance à un grand nombre de divisions dont nous allons indiquer les principales.

D'abord, sous un point de vue très général, on divisait les hommes en citoyens romains, alliés (*fœderati socii*) et sujets (*subjecti, provinciae*); Cf. *Cicer. in Verr.* III, 89; *pro Dejotaro*, c. 6; *Tacit. Ann.* I, 2).

Une seconde division, qui, en plusieurs points, vient se croiser avec la précédente, distinguait les habitans de l'empire, suivant qu'ils appartenoient ou à des villes municipales (*municipes, municipia*), ou à des colonies (*coloniae, coloniarii*), ou à des préfectures (*præfecturae*); Cf. *Aulu. Gell. N. A.* XVI, 13.; *Cicer. de legib.* II, 2; *pro Balbo.* c. 8.; *Festus* V^o *municip.*; *Tit. Liv.* XXXIX, 35, VIII, 14, 21, XXXIV, 42, XXIX, 37; *Cicer, pro Cœcin.* 33; *pro Domo* 30.

Enfin une troisième division, que nous avons adoptée, d'abord parce qu'elle comprend toutes les autres, et ensuite à cause de l'influence plus directe qu'elle exerçait sur le droit privé, partageait les hommes en trois classes, citoyens romains, étrangers, et esclaves.

On n'a pu ici qu'indiquer les points principaux : ceux qui voudraient approfondir ces matières ne peuvent rien consulter de mieux que les savans ouvrages de M. de Savigny : *Geschichte des Römisch. Rechts; Ueber die Entstehung und Fortbildung der Latinität als eines eigenen Standes im Römischen Staate*; et aussi la dissertation du même auteur *Ueber das jus Italicum*.

Ceux qui ne connaissent pas l'Allemand liront avec fruit *Sigonius, de antiq. jure civ. rom.*; *Heineccius, antiq. roman.* édition de *Haubold*, etc.

(2) Le droit de cité (*jus civitatis, jus quirîtium*) est un droit complexe qui embrasse la collection des droits propres au citoyen ro-

...56. *Habent autem in potestate* (1) *liberos cives romani*, si cives romanas uxores duxerint, vel etiam latinas peregrinasve cum quibus connubium habeant; cum enim connubium id efficiat ut, liberi patris condicionem sequantur, evenit ut non *solum* cives romani fiant, sed et in potestate patris sint. — 57. Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus connubium cum his latinis peregrinisve, quas primas post *missionem* uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives romani, et in potestate parentum fiunt... (*Gaius*, 1 *Com.*).

76... (2) uxorem duxerit sicut *supra* quoque diximus, justum matrimonium contrahi; et tunc ex iis *qui* nascitur, civis romanus est, et in potestate patris erit. —

main. Ces droits étaient de deux sortes, *politiques* ou *civils* (*privés*) : Cf. *Cicer. de Leg. Agrar.* II. 27.

Les droits politiques sont, v. g., le droit de cens (*CENSUS*) ; Cf. *Florus*, I. 6 ; *Ulpian*, I frag. 8 ; *T. Liv.* XXXIX. 3 ; XLI. 8, 9 ; XLII. 10 ; *Cicer. pro Cæcina*, c. 34 ; *Ulp.* II frag. 11 ; — le droit de suffrage (*SUFFRAGIORUM JUS*) ; Cf. *Dion. Hal.* IV. 209 ; *Cic. de leg. Agr.* II. 12 ; *Sueton. Jul.* c. 41 ; *August.* c. 40 ; *Caligul.* c. 16 ; *Tacit. Annal.* I. 15 ; — l'aptitude à remplir les emplois publics tant dans l'ordre politique que dans l'ordre religieux (*JUS HONORUM ET MAGISTRATUUM*) ; Cf. ff. *de munerib. et honorib.* lib. 50, tit. 4 et L. 3, ff. *de off. præ.* ; — le droit de servir dans les légions romaines (*JUS MILITIÆ*) ; Cf. *Just. Lips. de milit. Rom.* 2, 1 ; L. 11, ff. *de re militari* ; L. 3. *Cod. Theod. de libert.*... — Les droits privés propres aux Romains étaient : *jus connubii*, *jus commercii*, *jus patriæ potestatis*, etc... V. inf. *Lib.* I, *Part.* I.

(1) Quoique *Gaius* s'occupe principalement ici de la puissance paternelle, néanmoins, comme cette puissance ne peut exister qu'entre citoyens romains (*Gaius*, 1 *Comm.* 55), il s'ensuit nécessairement qu'un Étranger ne peut tomber sous cette puissance ou l'acquérir sur autrui, sans acquérir en même temps les droits de cité. (Cf. *Gaius*, 1 *Com.* 128.)

(2) Le sens paraît exiger qu'on lise : « *Illud certe constat, inter civem romanum et peregrinam, siquidem eam, cum qua connubium habeat, uxorem duxerit, etc.* »

77. Itaque si civis romana peregrino..... (1) filius est tanquam si ex peregrina eum procreasset. Hoc tempore senatusconsulto, quo auctore divo Hadriano factum est, etsi non fuerit connubium inter civem romanam et peregrinum, qui nascitur justus patris filius est. — 78. Quod autem diximus, inter civem romanam peregrinumque *matrimonio contracto, eum qui nascitur peregrinum.... eadem lege....*, si partus.... qua et connubium non sit.... peregrinus ex eo coitu nascatur.... necessaria lex.... (2) est.... accedit qua parte jubet lex.... peregrina peregrinum.... nam etiam.... lege.... futurum erat : adeo autem hoc ita est, ut....—79.... sed etiam, qui latini nominantur : sed ad alios latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant, et erant peregrinorum numero.... (3)

80. Ex contrario ex latino et cive romana qui nascitur,

(1) Le sens de ce passage paraît être celui-ci : « Itaque si civis romana peregrino, cui connubium sit concessum, nupserit, qui ex ea conjunctione nascitur, peregrinus et justus patris filius est. etc. »

(2) Gaius parle évidemment ici de la loi Mensia, on pourrait rétablir le passage de la manière suivante :

« Quod si civis romana peregrino nupserit, partum semper peregrinum nasci lege Mensia cautum est ; quod quidem, connubio interveniente, etiam citra legem illam similiter procederet propter ipsum connubium ; eo autem deficiente, necessaria lex Mensia fuit, cum alioquin, non interveniente connubio, ea servetur juris regula, ut partus ad matris condicionem accedat. Cf. Ulpian. 5. frag. 8.

(3) Dans ce passage, Gaius paraît déclarer que la loi Mensia avait été appliquée non seulement aux Étrangers (*peregrini*), mais encore aux Latins : non pas à ceux qui de son temps étaient désignés sous ce nom, c'est-à-dire, *Latini coloniarii* et *Latini Juniani* : cette question était avant la découverte de Gaius fort controversée par les savans : quelques uns même ont pensé que la loi Mensia n'était autre que la loi *Ælia Sentia*. et que le mot *Mensia* dans *Ulpian. 5 frag. 8*, était une faute de copiste.

civis romanus nascitur. Fuerunt tamen qui putaverunt ex lege Ælia Sentia contracto matrimonio latinum nasci, quia videtur eo casu per legem Æliam Sentiam et Juniam connubium inter eos dari; et semper connubium efficit ut qui nascitur patris condicioni accedat : *aliter vero contracto matrimonio, eum qui nascitur jure gentium matris condicionem sequi... Sed hoc jure utimur ex senatusconsulto, quo, auctore divo Hadriano, significatur ut tum ex latino et cive romana natus, civis romanus nascatur.* — 81. (1) His convenienter etiam illud senatusconsulto, divo Hadriano sacratissimo auctore, significatur, ut ex latino *et peregrina*, item contra ex peregrino *et latina* *qui nascitur*, matris condicionem sequatur. — 82. Illud quoque his conveniens est quod ex ancilla et libero jure gentium servus nascitur, et ex libera et servo liber nascitur. — 83. Animadvertere tamen debemus non esse *observandam* juris gentium regulam, si lex aliqua, vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit *eam*. — 84. Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat civis romana, quæ alieno servo, volente domino ejus, coierit, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare : nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit, ex senatusconsulto ratum esse jubetur. Sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat. — 85. Ex *diverso*,

(1) Quoique ce § et quelques uns des suivans semblassent mieux placés dans les sections suivantes, où nous examinons comment on se trouve en naissant dans la classe des Étrangers ou dans celle des Esclaves, on les a conservés ici pour ne pas tronquer l'exposition d'une doctrine fort importante, savoir dans quelles circonstances un enfant suit ou ne suit pas la condition de son père ou celle de sa mère.

ex ancilla et libero poterant liberi nasci : nam ea lege cavetur, ut si quis cum aliena ancilla, quam credebat liberam esse, coierit, siquidem masculi nascentur, liberi sint; si vero feminae, ad eum pertineant, cujus mater ancilla fuerit. Sed et in hac specie divus Vespasianus inelegantia juris motus restituit juris gentium regulam, ut omnimodo, etiamsi masculi nascentur, servi sint ejus cujus et mater fuerit. — 86. Sed illa pars ejusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse, servi nascentur. Itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur, jure gentium matris condicionem sequitur, et ob id liber est. — 87. Quibus autem casibus matris et non patris condicionem sequitur qui nascitur, iisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi is civis romanus sit, non esse, plus quam manifestum est; et ideo superius (§§ 65-74 *infr. cit.*) rettulimus quibusdam casibus, per errorem non justo contracto matrimonio, senatum intervenire et emendare vitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere ut in potestatem patris filius redigatur. — 88. Sed si ancilla ex cive romano conceperit, deinde manumissa civis romana facta sit, et tunc pariat, licet civis romanus sit qui nascitur, sicut pater ejus, non tamen in potestate patris est; quia neque ex justo coitu conceptus est, neque ex ullo senatusconsulto talis coitus quasi justus constituitur. — 89. Quod autem placuit, si ancilla ex cive romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur : itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit. At hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt. — 90. Itaque si cui mulieri civi *romanæ prægnanti* aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina *fiat*,

et tunc pariat, complures distinguunt et putant, si quidem ex justis nuptiis conceperit, *civem romanum* ex ea nasci; si vero volgo conceperit, peregrinum ex ea nasci. — 91. Item si qua mulier *civis* romana prægnans ex senatusconsulto Claudiano ancilla facta sit ob id quod alieno servo, *invito et denuntiante domino* ejus, *coierit*: complures distinguunt et existimant, siquidem ex justis nuptiis conceperit, *civem romanum* ex ea nasci; si vero volgo conceperit, *servum* nasci ejus cujus mater facta est ancilla (Cf. Marcian. L. 5, § 2. de stat. hom.). — 92. Item peregrina quoque si volgo conceperit, deinde *civis romana facta sit*, et pariat, *civem romanum* parit; si vero ex peregrino, cui secundum leges moresque peregrinorum conjuncta est, videtur ex senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est... patris ejus... (1). — 93. Si peregrinus *liberis susceptis libertatem adeptus sit*, non aliter filii in potestate ejus fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit; quod ita demum is facit, si causa cognita æstimaverit hoc filiis expedire; diligentius atque exactius vero causam cognoscit de impuberibus absentibusque. Et hæc ita edicto divi Hadriani significantur. — 94. Item si quis cum uxore prægnante *civitate romana* donatus sit, quamvis is qui nascitur, ut supra diximus, romanus sit, tamen in potestate patris non fit; idque subscriptione divi Hadriani significatur. Qua de causa qui intelligit uxorem suam esse prægnantem, dum civitatem sibi et uxori ab imperatore petit, simul ab eodem petere debet, ut eum qui natus erit, in potestate sua habeat. — 95. Alia causa est eorum, qui *latini senatusconsulto* cum liberis suis ad civitatem romanam perve-

(1) Le sens paraît être celui-ci : « Ex SC. quod auctore divo Hadriano factum est *peregrinum nasci*, nisi etiam patri ejus civitatis romanæ donum obtigerit (Cf. § 94).

niunt : nam horum in *potestate fiunt liberi*. Quod jus quibusdam peregrinis...

2° *Par un fait postérieur à la naissance.*

a. *Par affranchissement (manumissio).*

Libertinorum tria sunt genera : nam aut CIVES ROMANI (1) sunt, aut latini, aut dediticiorum numero (*Gaius, 1 Com. 12*).

... In cujus persona tria concurrunt, ut major sit annorum tringenta, et ex jure quirritium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur, id est, vindicta, aut censu, aut testamento, is civis romanus sit. (*ibid. 17; Cf. Ulp. 3 frag. 6*).

Vindicta manumittuntur apud magistratum velut prætorem, consulem, proconsulem (*Ulp. 1 frag. 7*).

... Adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor aut proconsul in balneum vel in theatrum eat (*Gaius, 1 Com. 20*).

Censu manumittebantur *olim* qui lustrali censu Romæ jussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur (*Ulp. 1 frag. 8*).

Ut testamento manumissi liberi sint lex XII tabularum facit, quæ confirmat..... (*ibid. 9*)

Multis autem modis manumissio procedit : aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta manumittuntur, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per quamlibet aliam ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus quam ex nostris constitutionibus introducti sunt. (*Justinian. § 1, J. de libertin. V. L. unic. C. de lat. libert. toll.*).

Quod autem de ætate servi requiritur lege Ælia Sen-

(1) Pour les deux autres classes d'affranchis, voyez *SACRORUM* II°, des *Étrangers*.

tia introductum est, nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives romanos fieri, quam si vindicta, aput consilium justa causa manumissionis approbata, liberati fuerint (*Gaius*, I *Com.* 18).

Justa autem causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve, aut fratrem sororemve naturalem, aut alumnum, aut pædagogum, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa, aput consilium manumittat (*ibid.* 19, et *Cf.* 39).

Dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat; et qui manumittuntur procuratoris habendi gratia non minores XVII annis manumittantur (§ 5, *J. qui et ex quib. caus. Cf. Ulpian. L. 13, de manum. vind.*).

Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium romanorum; idque fit ultimo die conventus: sed Romæ certis diebus aput consilium manumittuntur (*Gaius*, I *Com.* 20).

Semel verò causa approbata, sive vera sit sive falsa, non retractatur (§ 6, *J. qui et ex quib. caus. Cf. Marcian. L. 9, § 1, ff. de manum. vindict.*)

Præterea minor triginta annorum servus manumissione potest civis romanus fieri si ab eo domino, qui solvendo non erat, testamento liber et heres relictus sit... (*Gaius*, I *Com.* 21).

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet (*Gaius*, I *Com.* 36).

Nam is qui in fraudem creditorum, vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem (*ibid.* 37).

In fraudem autem creditorum manumittere videtur qui vel jam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiit solvendo esse (*Cf. Gaius*,

L. 10, ff. *qui et a quib. manum.*). Prævaluisse tamen videtur nisi animum quoque fraudandi habuerit manumissor, non impediri libertatem quamvis bona ejus non sufficiant (Cf. *Julian.* L. 15 ff., *quæ in fraud.*; *Gaius*, L. 75, *de manum. testam.*). Itaque tunc intelligimur impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consillio manumittentis et ipsa re, eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus; (§ 3, *J. qui et ex quib. caus.*). V. *Alex. L. J. C. qui manum. non poss.*

Licet autem domino qui solvendo non est, in testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut liber fiat heresque ei solus et necessarius; si modo nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is qui scriptus est, qualibet ex causa heres non extiterit. Idque eadem lege *Ælia Sentia* provisum est, et recte. Valde enim erat prospiciendum, ut egentes homines quibus alius heres exiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem habeant, qui satisfactorius esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur. (*Justinian.* § 1, *J. qui et ex quib. caus.* Cf. *Paul.* L. 55 et 57, ff. *de hered. inst.*

Idemque juris est, et si sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur: cum non est verisimile, eum quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore. (§ 2, *eod.*: V. L. 5, *C. de necess. serv. hered.*)

Item eadem lege (*Ælia Sentia*) minori viginti annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam

si vindicta apud consilium justa causa manumissionis approbata fuerit (*Gaius*, 1 *Com.* 38).

Cum ergo certus modus manumittendi minoribus XX annorum dominis per legem Æliam Sentiam constitutus sit : evenit, ut qui XIV annos ætatis expleverit, licet testamentum facere possit, et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit; tamen si adhuc minor sit annorum XX, libertatem servo dare non possit (*Gaius*, 1 *Com.* 40).

Quod non erat ferendum, si is cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat, uno servo libertatem dare non permittebatur. Quare nos similiter ei, quemadmodum alias res, ita et servos suos in ultima voluntate disponere quemadmodum voluerit, permittimus, ut libertatem eis possit præstare. Sed cum libertas inæstimabilis res sit, et propter hoc ante XX ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat, ideo nos mediâ quodammodo viam eligentes, non aliter minori XX annis libertatem testamento dare servo concedimus, nisi XVII annum impleverit, et XVIII tetigerit. Cum enim antiquitas hujus modi ætati et pro aliis postulare concesserit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire? (*Justinian.* § 7, *J. qui et ex quib. caus.*)

Sancimus ut licentia sit minoribus in ipso tempore, in quo licet eis testari de alia substantia, etiam servos suos in ultimis voluntatibus manumittere (Nov. 119. cap. 2, 541).

... 42. Præterea lege Furia Caninia certus modus constitutus est in servis testamento manumittendis. — 43. De III (non) plures quam duos; (ei autem, qui plures quam tres) neque plures quam decem servos habebit, usque ad partem dimidiam ejus numeri manumittere permittitur; ei vero, qui plures quam X, neque (plures) quam XXX servos habebit, usque ad tertiam partem ejus numeri manumittere permittitur. At ei, qui plures quam XXX, neque plures quam centum habebit, usque ad partem quartam ejus nu-

meri manumittere permittitur. Novissime ei, qui plures quam C habebit *neque plures* quam D, nil *amplius* permittitur quam ut quintam partem, neque plures *manumittat*....; *sed* præscribit lex ne *cuiquam* plures manumittere liceat quam C; *exempli gratia*, si quis unum servum omnino aut duos, ad eum lex Furia Caninia non pertinet, et ideo liberam habet potestatem manumittendi. — 44. *Neque* ad eos tamen omnino hæc lex pertinet, qui sine testamento manumittunt; itaque licet iis, qui vindicta aut censu aut inter amicos manumittunt, totam familiam suam liberare: scilicet si alia causa non impediat libertatem. — 45. Sed quod de numero servorum testamento manumittendorum diximus, ita intellegemus, *ut ex eo* numero ex quo dimidia aut tertia aut quarta aut quinta pars liberari *potest*, *utique tot manumittere* liceat, quot ex antecedenti numero licuit: et hoc ipsa *lege* provisum est. Erat enim sane absurdum, ut x servorum domino quinque liberare liceret, quia usque ad dimidiam partem *ex eo* numero manumittere ei conceditur, si xii servos habenti non plures liceret manumittere quam iv. At eis qui plures quam x, neque... (*Gaius*, 1 *Com.*).

Nam si aliquis testamento plures manumittere voluerit, quam quot continet numerus supra scriptus, ordo servandus est: ut illis tantum libertas valeat, qui prius manumissi sunt, usque ad illum numerum, quem explanatio continet superius comprehensa. Qui vero post supra constitutum numerum manumissi leguntur, in servitute eos certum est permanere. Quod si non nominatim servi vel ancillæ in testamento manumittantur, sed confuse omnes servos suos vel ancillas is, qui testamentum facit, liberos facere voluerit, nulli penitus firma esse jubetur hoc ordine data libertas, sed omnes in servili condicione, qui hoc ordine manumissi sunt, permanent. (*Epitome*, I, 2, § 2.)

Nam etsi testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt; quia lex Furia Caninia, quæ in fraudem ejus facta sint, rescindit. Sunt etiam specialia SCta, quibus rescissa sunt ea, quæ in fraudem ejus legis excogitata sunt (*Gaius*, 1 *Com.* 46).

Servorum libertates in testamento relictas, tam directas, quam fideicommissarias ad exemplum inter vivos libertatum indistincte valere censemus, Lege Furia Caninia de cætero cessante, nec impediante testantium pro suis servis clementes dispositiones effectui mancipari (*Justinian. L. unic. C. de Leg. furia Can. toll.*).

Cum satis fuerat inhumanum vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertati donare, nisi alia causa impediatur libertatem, morientibus autem hujusmodi licentiam adimere. (*Justin. J. cod.*)

b. *Par naturalisation.*

PR.

Jure nostro neque mutare civitatem quisquam invito potest, neque, si velit mutare non potest: modo adiscitur ab ea civitate cujus esse se civitatis velit (*Cicero, pro Balbo*, c. 11).

... Quid est, quamobrem civi Gaditano in hanc civitatem venire non liceat? Equidem longe secus sentio. Nam cum ex omnibus civitatibus via sit in nostram... (*cod. c. 12*).

Sed hic totus locus... pertinet ad commune jus mutandarum civitatum... Defendo enim rem universam, nullam esse gentem ex omni regione terrarum, neque tam dissidentem a populo romano odio quodam atque dissidio, neque tam fide benevolentiaque conjunctam ex qua nobis interdictum sit, ut ne quem adiscere civem aut civitatis donare possimus (*cod. c. 13*).

Latini (1) jus Quiritium consequuntur his modis: be-

(1) Ulpien ne parle ici que des Latins, parce que depuis la constitu-

neficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino.; præterea ex senatusconsulto, vulgo quæsitum ter enixa. (*Ulp. 3 frag. 1*).

1. *Beneficio principali.*

Beneficio principali (1) latinus civitatem romanam accipit, si ab imperatore jus quirritium impetraverit (*eod. 2*).

2. *Liberis.*

Liberis jus quirritium consequitur latinus, qui minor trigenta annorum manumissionis tempore fuit. Nam lege Junia cautum est, ut si civem romanam vel latinam uxorem duxerit, testatione interposita quod liberorum quærendorum causa uxorem duxerit, postea filio filiave

tion de Caracalla (L. 17, ff. *de stat. hom.*), il n'y avait plus d'autres étrangers que les affranchis latins juniens et deditices : Or, ces derniers ne pouvant jamais devenir citoyens romains (*Gaius, 1 Com. 26*), il était tout naturel qu'Ulpien, en traitant de l'acquisition des droits de cité, ne s'occupât que des Latins. (V. SECT. II.)

(1) Le droit de conférer le titre de citoyen romain appartient d'abord aux Rois (*Dion. Hall. 11*) ; puis au Peuple (*Populus* et non *Plebs*) (*T. Livius, IV. 4 ; VIII. 17, 21 ; XXIII. 318 ; Vell. Patercul. II. 16 ; V. Cicero, pro Archia, pro Balbo, et pass.*). Il est probable que depuis la loi *Hortensia* (U. C. 468), les Plébiscites suffirent pour investir un Étranger du droit de cité (*Gaius, 1 Com. 3*). Un SCte pouvait-il produire cet effet ? *Gaius* semble le dire (*ib. 26*). Quoi qu'il en soit, nous voyons vers la fin de la république de simples généraux conférer la qualité de citoyen romain à des étrangers : tantôt en vertu d'une loi précédente (... *lex Gellia* et *Cornelia* definite potestatem Pompeio civitatem donandi, dederat... *Cicero, pro Balbo. c. 14 ; Cf. c. 8 ; pro Archia, c. 10*) ; tantôt sauf ratification d'une loi à venir (*Dio Cass. L. 38 et 41 ; Cicero Philip. I. 7, et seqq. ; V. 4*). Enfin lorsque les droits du peuple furent passés dans les mains des empereurs, ceux-ci jouirent seuls de l'importante prérogative de faire des citoyens. Ils en usèrent plus ou moins largement, jusqu'à ce qu'enfin Antonin Caracalla (J. C. ? 212.) étendit cette qualité à tous les ingénus habitant l'empire romain. (Voyez ci-après sect. 11.)

nato natave et anniculo facto, possit apud prætorem vel præsidem provinciæ causam probare et fieri civis romanus, tam ipse quam filius filiave ejus et uxor : scilicet, si et ipsa latina sit; nam si uxor civis romana sit, partus quoque civis romanus est, ex senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est. (*Ulp. 3, frag. 3; Cf. Gaius, 1 Com. 29.*)

Hoc tamen jus adipiscendæ civitatis romanæ, etiamsi soli minores trigenta annorum manumissi et latini facti ex lege Ælia Sentia habuerunt, tamen postea senatusconsulto quod Pegaso et Pusione consulibus factum est, etiam majoribus trigenta annorum manumissis latinis factis concessum est. (*Gaius, 1 Com. 31.*)

Ceterum etiamsi ante decesserit latinus, quam anniculi filii causam probaret, potest mater ejus causam probare, et sic et ipsa fiet civis romana... ipse filius cujus... debet causam probare, ut... de filio anniculo... illis... dominis... quiritium... caverit... in ejus loc... (*idem, 1 Com. 32*).

... 65. *Aliquando autem evenit, ut liberi statim ut nati sunt, parentum in potestate (1) non fiant, at postea tamen redigantur in potestatem. — 66. Itaque si latinus, ex lege Ælia Sentia uxore ducta, filium procreaverit, aut latinum ex latina, aut civem romanum ex cive romana, non habebit eum in potestate. Si vero filium procreaverit, isque anniculus fuerit, probata causa civis efficitur; simul ergo eum in potestate sua habere incipit. — 67. Item si civis romanus latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate; quia ne quidem civis romanus est, sed aut latinus aut peregrinus, id est ejus condicionis cujus et mater fuerit, quia non aliter filius ad patris condicionem accedit, quam si*

(1) Voyez *Sup. pag. 4*, note 1.

inter patrem et matrem ejus connubium sit : sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quæ dediticiorum numero est; nisi quod uxor non fit civis romana. — 68. Item si civis romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque et maritus ad civitatem romanam perveniunt, et æque simul incipit filius in potestate patris esse. Idem juris est si peregrino tamquam latino ex lege Ælia Sentia nupta sit; nam et de hoc specialiter senatus-consulto cavetur. Idem juris est aliquatenus, si ei qui dediticiorum numero est, tamquam civi romano, seu latino, e lege Ælia Sentia nupta sit; nisi quod, scilicet qui dediticiorum numero est, in sua conditione permanet: et ideo filius, quamvis fiat civis romanus, in potestatem patris non redigitur. — 69. Item si latina peregrino, quem latinum esse crederet, nupserit, potest ex *senatus-consulto*, filio nato, causam erroris probare; et ita omnes fiunt cives romani, et filius in potestate patris esse incipit. — 70. Idem juris omnino est, si latinus per errorem peregrinam quasi latinam, aut civem romanam, e lege Ælia Sentia uxorem duxerit.

— 71. Præterea si civis romanus, qui se credidisset latinum, uxorem duxisset latinam, permittitur ei, filio nato, erroris causam probare, tamquam si ex lege Ælia Sentia uxorem duxisset. Item his qui, licet cives romani essent, peregrinos se esse credidissent et peregrinas uxores duxissent, permittitur ex *senatus-consulto*, filio nato, causam erroris probare: quo facto, peregrina uxor civis romana... filius... non solum ad civitatem romanam pervenit, sed etiam in potestatem patris redigitur. — 72. Quæcumque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intellige-

mus. — 73. Sed quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest cujus ætatis filius sive filia sit... si minor anniculo sit filius filiave, causa probari non potest; nec me præterit in aliquo rescripto divi Hadriani ita esse constitutum, tamquam quod ad erroris quoque causam probandam attinet... cui imperator... dederit. — 74. Peregrino... uxorem duxisset, et filio nato alias civitatem romanam consecutus esset : deinde cum quæreretur an causam probare posset, rescripsit imperator Antoninus, perinde posse eum causam probare atque si peregrinus mansisset; ex quo colligimus, etiam peregrinum causam probare posse. — 75... Diximus... errore... peregrinus... errorem... matrimonium... ea, quæ superius.... intervenerit... (1). (*Gaius, 1 Com.*).

3. Iteratione (2).

Iteratione fit civis romanus, qui post latinitatem, quam acceperat major trigenta annorum, iterum juste manumissus est ab eo cujus ex jure quirritium servus fuit. Sed huic concessum est ex senatusconsulto etiam liberis jus quirritium consequi (*Ulp. 3 frag. 4*).

4. Militia.

Militia jus quirritium accipit latinus, si inter vigiles Romæ sex annis militaverit, ex lege Visillia. Præterea ex senatusconsulto concessum est ei, ut, si triennio inter vigiles militaverit, jus quirritium consequatur (*ibid. 5*).

(1) On peut rétablir ainsi tout ce passage : « *Peregrinus si civem romanam uxorem duxerit, sive interveniente errore, sive non, is qui nascitur, peregrinus est : sed, matrimonio per errorem contracto, admitti poterit causa probatio, quam, ubi nullus error intervenerit, cessare constat.* »

(2) Cette manière d'acquérir la cité romaine est évidemment particulière aux affranchis.

5. *Nave.*

Nave latinus civitatem romanam accipit, si non minorem quam decem millium modiorum navem fabricaverit, et Romam sex annis frumentum portaverit, ex edicto divi Claudii (*ibid.* 6).

Navem, mercaturæ causa, facientibus, magna comoda constituit, pro conditione cujusque : civibus vacationem legis *Papiæ Popææ*, latinis jus quirritium. (*Suet. in Claud.* 18, 19).

6. *Ædificio.*

Ædificio... (1) non minus quam partem *semissariam* patrimonii sui impenderit, jus quirritium consequatur (*Gaius*, 1 *Com.* 33).

7. Pour avoir exercé certaines charges dans une ville étrangère.

... (2) magistratum gerunt, civitatem romanam consequuntur, minus latum est ; cum hi tantum, qui verè magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem romanam perveniunt : idque compluribus epistolis principum significatur (*Gaius*, 1 *Com.* 96) (3).

(1) Ce passage paraît devoir être rétabli de la manière suivante : *Leges Julia cautum est, ut latinus, si in perficiendo ædificio Romæ non minus quam partem semissariam patrimonii sui impenderit, jus quirritium consequatur.*

(2) Il s'agit très probablement des latins ; Cf. *Plin. Paneg.* c. 39. *Strabo.* IV. c. 1. § 12 ; *Appian.* de bell. civil. II. 26. Les mots magistratum gerunt étaient peut-être précédés de ceux-ci : *Illud tamen jus quo hi, qui domi annum.*

(3) Nous ne pousserons pas plus loin l'énumération des événements en vertu desquels un étranger pouvait devenir citoyen romain : on peut voir cependant encore deux autres manières d'acquérir la cité romaine dans *Tite Live* xli. 8. et dans *Cicéron*, pro *Balbo.* 24.

ART. II. DE LA PERTE DE LA QUALITÉ DE CITOYEN
ROMAIN.

1^o *Soit comme peine principale, soit comme conséquence d'une autre peine.*

a. *Par la grande diminution de tête (1). (V. Sect. III, comment on devient esclave par grande diminution de tête.*

b. *Par la moyenne diminution de tête.*

Minor (*capitis diminutio*) cum civitas quidem amittitur libertas vero retinetur (*Gaius*, I Com. 161).

1. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit (*ibid.*).

Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. *Capitalia* sunt, ex quibus pœna mors aut exilium est, hoc est aquæ et ignis interdictio; per has enim pœnas eximitur caput de civitate: nam cætera, non exsilia, sed relegationes (2) propriè dicuntur; tunc enim civitas retinetur. (*Paul. L. 2, ff. de public. judic.*)

Quod hoc juris à majoribus proditum sit, ut nemo civis Romanus, aut libertatem, aut civitatem, possit amittere, nisi ipse auctor factus sit... (*Cic. pro domo. c. 29.*)

(1) Sauf l'application du droit de postliminium. (*Cf. Pandect. lib. XLIX, tit. 15. V. infr. sect. III.*)

(2) Quippe RELEGATUS, non EXSUL, dicitur in illo:

Parcaque fortunæ sunt data verba meæ.

(*Ovid. Trist. II. v. 137.*)

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi civis ademit;

Nil nisi me patriis jussit abesse focis.

Ipse RELEGATI, non EXSULIS, utitur in me

Nomine: tuta suo judice caussa mea est.

(*Ovid. Trist. V. Eleg. 11. v. 15, et seq.*)

(Voyez cependant L. 4, ff. de Pœnis.)

Qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam erant in eam recepti quó vertendi, hoc est, mutandi soli caussa, venerant. Id autem ut esset faciundum, non ademptione civitatis, sed tecti, et aquæ et ignis interdictione, faciebant (*ib.* 30).

2. ... vel ei qui in insulam deportatus (1) est (*Justinian. § 2, J. de cap. dem.*).

Constat, postquam deportatio in locum aquæ et ignis interdictionis successit (2), non prius amittere quem civitatem, quam Princeps deportatum in insulam statuerit. Præsidentem enim deportare non posse, nulla dubitatio est. Sed Præfectus Urbi jus habet deportandi, statimque post sententiam Præfecti civitatem amisisse videtur (*Ulp. L. 2, § 1, ff. de pœnis; Cf. L. 3, ff. ad legem Jul. pecul.*).

... deportatos enim loco mortuorum habendos (*Ulp. L. 1, § 8, ff. de bon. poss. cont. tab.*).

2° Par la naturalisation dans une autre cité.

Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest : non esse hujus civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest (*Cic. pro C. Balbo. c. 11*).

Nam, quum ex nostro jure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur hæc civitas denique, quum is, qui profugit, receptus est in exilium, hoc est, in aliam civitatem (*pro Cæcina 34; Cf. pro Archia. c. 5*).

Quod si civi romano licet esse Gaditanum, sive exilio, sive postliminio, sive rejectione (*alii relictione*) hujus civitatis.... (*pro Balbo. c. 12*).

.... ut, si Gaditani sciverint nominatim de aliquo cive romano ut sit is civis gaditanus, magna potestas sit nostro civi mutandæ civitatis, nec fœdere impediatur

(1) Voyez la note précédente.

(2) Cf. Tacit. *Annal. VI. 30*.

quominus ex cive romano civis gaditanus possit esse
(*cod. c. 11*).

SECTION II.

DES ÉTRANGERS (1).

PR.

Multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut *hostis*: nam tum eo verbo dicebant *peregrinum* qui suis legibus uteretur; nunc dicunt eum quem tunc dicebant perduellem (*Varro*, L. L. IV. pr. *Cf. Cic. de offic. I. 12*).

(1) Nous avons vu plus haut (page 3, note 1,) la composition politique du monde romain, en *citoyens romains*, *alliés* et *sujets*. A côté et presque parallèlement à cette division, il s'en trouvait une autre, en citoyens romains, latins et *Peregrini*, dont il faut expliquer l'origine.

Non moins habiles politiques que guerriers redoutables, les Romains, en entourant d'immenses privilèges le titre de citoyen, avaient su faire de ce titre un objet d'envie et d'émulation pour les étrangers. Le droit de cité romaine était donc pour les particuliers comme pour les nations la plus belle récompense des grands services rendus à la république. Pour que rien ne manquât à cette belle combinaison politique, les Romains, proportionnant la récompense au service, n'accordaient, le plus souvent qu'une fraction plus ou moins grande du droit de cité. De sorte que, comme l'observe très bien M. Hugo, il existait entre les Romains qui jouissaient en plein du droit de cité, et les étrangers proprement dits, une foule de degrés intermédiaires: ainsi, on pouvait n'être point considéré comme Romain par rapport à un Romain proprement dit, et cependant, être regardé comme *citoyen* dans l'acception générale du mot (*civis*) à l'égard d'autres Étrangers.

Il serait très difficile, peut-être même impossible d'énumérer toutes ces différentes espèces d'Étrangers: nous nous contenterons de prendre les plus opposées, c'est-à-dire, d'un côté les *Latins*, dont la condition paraît s'être le plus rapprochée de celle des citoyens ro-

ART. I. DES DIVERSES ESPÈCES D'ÉTRANGERS.

Jam inde a majoribus traditum morem romanis colendi socios, ex quibus alios in *civitatem*, atque æquum secum jus, accepissent, alios in ea fortuna haberent, *socii* esse, quam cives, mallent. (*Tit. Liv. xxvi, 24*).

Non dubito, quin fœderati et liberi nobis externi sint; non inter nos atque eos postliminium esse : etenim quid inter nos atque eos postliminii opus est (1), cum et illi apud nos et libertatem suam, et dominium

mais, et de l'autre les *Peregrini dediticii*, qui étaient certainement la classe le plus mal traitée.

On s'étonnera peut-être de voir que Gaius et Ulpien ne s'occupent guères que des individus qui sont entrés dans cette classe par l'affranchissement, c'est-à-dire en sortant de celle des Esclaves; cette circonstance est facile à expliquer : nous verrons à la fin de cette section qu'après que Caracalla eut étendu la qualité de citoyen romain à tous les ingénus de l'empire, il ne resta plus d'autres étrangers que les affranchis; mais Caracalla n'avait fait que généraliser une mesure qui, avant lui, avait déjà été adoptée partiellement à l'égard de la plus grande partie des habitans de l'univers romain; il n'est donc pas étonnant qu'Ulpien, contemporain de Caracalla, et Gaius, qui vivait quelques années auparavant, n'aient pas attaché beaucoup d'importance à la distinction, résultant entre hommes nés libres, de ce qu'on jouissait ou ne jouissait pas du droit de cité.

Les textes que nous aurions pu rapporter ici comme preuves des variétés qui existaient parmi les individus qu'on réunissait quelquefois sous la dénomination de *Peregrini*, seraient difficilement compris par ceux qui commencent l'étude du droit romain, parce qu'ils ont trait à des matières du droit qui leur sont encore tout-à-fait inconnues; nous nous contenterons d'en indiquer quelques uns dans cette note. Voyez Ulp. 19 fragm. 4 et 20; Vet. Jcti. fragm. 14; Ælius Antoninus, L. 1, C. de hered. instit.; Marcian, L. 32, ff. de jure fisc.; Cicer. pro Rabirio, C. 4; Sueton. Claud. c. 15.

(1) Nous expliquerons plus loin ce que c'est que le *postliminium*.

rerum suarum æque, atque apud se retineant : et eadem nobis apud eos contingant? — 1. Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus : sive is fœderatus est, item sive æquo fœdere in amicitiam venit, sive fœdere comprehensum est ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret : hoc enim adjicitur, ut intelligatur alterum populum superiorem esse, non ut intelligatur alterum non esse liberum ; et quemadmodum clientes nostros intelligimus liberos esse, etiam si neque auctoritate, neque dignitate, neque (viri boni) nobis (præsunt) : sic eos, qui majestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intelligendum est. — 2. At fiunt apud nos rei ex civitatibus fœderatis, et in eos damnatos animadvertimus. (*Procul. L. 7, ff. de captiv. et postlim.*).

§ 1. Des Latins (Latini) (1).

(1) Les habitans du LATIUM furent les plus anciens alliés des Romains, et aussi les plus favorisés (*Dion. Hal. vi. 95 ; Tit. Liv. II. 22 ; Cicer. pro Balbo 21. 23*).

Vers le milieu du septième siècle de Rome, les lois JULIA (U. C. 663) et PLORIA (U. C. 665 ou 666) accordèrent le droit de cité romaine aux Latins, et à presque tous les peuples d'Italie (*Cicero, pro Balbo, c. 12 ; pro Archia, c. 4 ; pro Sylla, c. 7. 8. Velleius Patercul. II. 16, 20. Appian. bell. civil. I. 49 ; Florus, epit. Tit. Liv. LXXIV. 56*).

Aussi les Latins, dont il est question dans les jurisconsultes du Digeste, ne sont-ils plus les Latins originaires (*Latii incolæ*) ; voici comment la chose se passa : la portion déterminée de droits civils dont jouissaient les Latins avant leur admission dans la cité romaine, formait sous le nom de *Jus Latii*, *Jus Latinitatis* (*Tit. liv. VIII. 14 ; IX. 43 ; XXV. 3 ; XXXVIII. 36, 44 ; XLI. 8 ; Cicer. pro Sextio o. 13. Brut. c. 26. Pro Balbo c. 13. Boeth. in Top. Cicer. 2, etc.*) un droit particulier que les Romains accordaient assez fréquemment aux étrangers dont les services ne paraissaient pas assez grands pour mériter la concession du plein droit de cité (*v. g. Cf. Tacit. Annal. xv. 32. Plin. Hist. Nat. III. 3*). Ces peuples assimilés aux anciens Latins, étaient aussi souvent dé-

1. *Latini coloniarii* (1).

Olim quo tempore populus romanus in latinas regiones colonias deducebat, qui *jussu* parentis in.... acciperentur alterius civitatis cives (*Gaius*, 1 *Com.* 131).

... Cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse cœperunt.... (*Idem*, 3 *Com.* 56).

... Illud agitabant uti colonia Aquileiam deduceretur, nec satis constabat utrum latinam an civium romanorum deduci placeret : postremo *latinam* potius coloniam deducendam patres censuerunt (*Tit. Liv.* xxxix, 55).

... quemadmodum, si civitas adimi non possit, in colonias latinas sæpe nostri cives profecti sint? Aut sua voluntate, aut legis mulcta profecti sunt : quam mulctam si suffere voluissent, tum manere in civitate potuissent (*Cic. pr. Cæcina*, c. 33; *Cf. pro domo*, c. 30.)

2. *Latini juniani* (*Cf. Gaius* 1. *Com.* 12. *sup. cit.*).

(Quodsi qui servi neque vindicta, neque censu, neque testamento) manumissi sunt, latini juniani dicuntur : latini ideo, nam adsimulati sunt latinis coloniariis; juniani ideo *vero*, quia per legem Juniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse (*Gaius*, 1 *Com.* 22).

signés sous le nom de *Latins*, quand il s'agissait de leur condition légale aux yeux de la loi romaine.

D'un autre côté, les Romains s'emparaient ordinairement d'une portion du territoire des peuples vaincus, et y envoyaient des colonies de citoyens, qui tantôt conservaient et leur titre et leurs droits tantôt au contraire les perdaient et se trouvaient réduits à la condition de Latins, *Latini Coloniarii* (*Boeth. l. c. Cf. Tit. Liv.* xxxix. 55, *inf. cit.*).

Enfin nous verrons certains affranchis former une troisième classe de Latins sous le nom de *Latini Juniani*.

(1) V. sur les colonies un passage fort intéressant d'*Aulu-Gelle* (n. 1, xvi, 13; *Cf. Appian. de bell. civil.* 1, 7, et *Dion. Halic.* vii, 28, etc.).

Quæ pars juris ut manifestior fiat, admonendi sumus, de quo alio loco diximus, eos qui nunc latini juniani dicuntur, olim ex jure quirritium servos fuisse, sed auxilio prætoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est. Postea vero per legem Juniam eos omnes quos prætor in libertate tuebatur, liberos esse cœpisse, et appellatos esse latinos junianos : latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui qui, ex urbe Roma in latinas colonias deducti, latini coloniarii esse cœperunt; junianos ideo, quia per legem Juniam liberi facti sunt, etiamsi non cives romani; nam.... (1) legis Juniæ lator cum intelligeret futurum ut ea fictione res latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, *quia nec amplius ut servi decederent.... ut possent....* (2) eorum ad patronos pertinere, neque libertini latini hominis bona possent manumissionis jure ad patronos pertinere : necessarium *existimavit*, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere.... (3) libertorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset. Itaque jure quodammodo peculii bona latinorum ad manumissores.... pertinent (*Gaius*, 3 *Com.* 56).

Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum, modo civem romanum, modo latinum, fieri dicemus (*ib. Com.* 16. *Cf. Ulp.* 5 *frag.* 12).

Nam in cujus persona tria hæc concurrunt, ut major sit annorum triginta, et ex jure quirritium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur, id est, vin-

(1) Faut-il lire ici *prætor* ou *populus romanus* ? l'une et l'autre leçon offrent des difficultés.

(2) Il semble qu'on doit lire : « Cum nec possent *jure peculii* res, etc.

(3) Le sens demande : *ut bona horum*.

dicta aut censu aut *testamento*, is civis romanus fit : sin vero aliquid eorum deerit, latinus erit (*ib.* 17).

.... Hodie autem ipso jure liberi sunt ex lege Junia, qua lege latini sunt nominati inter amicos manumissi (*Ulp.* 1 *frag.* 10).

Qui tantum in bonis, non etiam ex jure quirritium servum habet, manumittendo latinum facit. In bonis tantum alicujus servus est, velut hoc modo : si civis romanus a cive romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure cessus, neque ab ipso anno possessus sit; nam quamdiu horum quid fiat, is servus in bonis quidem emptoris est, ex jure quirritium autem venditoris est (*ibid.* 16).

Si quis alicujus et in bonis et ex jure quirritium sit, manumissus ab eodem scilicet, et latinus fieri potest, et jus quirritium consequi (*Gaius*, 1 *Com.* 35).

§ 2. *Peregrini dediticii* (1).

1. *Ingénus.*

Dediticii primum a deditione sunt nuncupati : deditio enim dicitur quum se, victi aut vincendi, hostes victoribus tradunt; quibus hæc origo nominis fuit : dum quondam adversus populum romanum servi, armis sumptis, dimicassent, victi se dederunt, comprehensique varia turpitudine affecti sunt. Ex his quidem postea a dominis manumissi propter suppliciorum notas quas manifeste perpassi sunt, ad dignitatem civium romanorum non pervenerunt. (*Isidor.* *Orig.* ix, 4. *Cf. Gaii Epitome*, I, 1. § 3).

Sic vocantur autem, qui quondam adversus populum romanum armis susceptis pugnaverunt, et deinde victi se dediderunt (*Gaius*, 1 *Com.* 14).

(1) *Cf. Dion. Hall. A. R.* III. 22; *Tit. Liv.* I. 38.

2. *Affranchis* (*Cf. Gaius, 1 Com. 12.*)

Lege itaque Ælia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis pœnæ nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quæstio tormentis habita sit, si in ea noxa fuisse convicti sint, quive *ut* aut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inveludum custodiamve conjecti fuerint, et postea vel ab eodem domino, vel ab alio manumissi, ejusdem conditionis liberi fiant, cujus conditionis sunt peregrini dediticii (*ibid.*, 13; *Cf. Ulp. 1 fr. 11*).

Hujus ergo turpitudinis servos quocumque modo et cujuscumque ætatis manumissos, et si pleno jure dominorum fuerint, numquam aut cives romanos aut latinos fieri dicemus, sed omnimodo dedititiorum numero constitui intellegemus (*ibid.* 15).

Pessima itaque libertas eorum est, qui dedititiorum numero sunt : nec ulla lege, aut senatusconsulto, aut constitutione principali aditus illis ad civitatem romanam datur (*ibid.* 26).

Quin et in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romæ milliarium morari prohibentur, et *si contra fecerint* ipsi bonaque eorum publice venire jubentur ea conditione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romæ milliarium serviant, *neve unquam* manumittantur; *et si manumissi* fuerint, servi populi romani esse jubentur. Et hæc ita lege Ælia Sentia comprehensa sunt (*ibid.* 27; *Cf. Isid. Orig. ix, 4, in fin.*).

Dedititiorum numero heres institui non potest; quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est (*Ulp. 22 frag. 2*).

Ab eo domino qui solvendo non est, servus testamento liber esse jussus et heres institutus, etsi minor sit triginta

annis, vel in ea causa sit ut dedititius fieri debeat, civis romanus et heres fit : si tamen alius ex eo testamento nemo heres sit. Quod si duo pluresve liberi heredesque esse jussi sunt, primo loco scriptus, liber et heres fit : quod et ipsum lex Ælia Sentia facit (*Id.*, 1 *frag.* 14).

ART. II. COMMENT ON DEVIENT ÉTRANGER.

1^o *Par naissance* (*V. Gaius* 1, *Com.* 76 à 95, *cités plus haut*, *sect.* 1).

2^o *Par un fait postérieur à la naissance*; savoir :

a. *Par affranchissement* (*V. Gaius*, 1 *Com.* 13, 14, 15, 16, 25, 26, 27, *cités plus haut*, *art.* 1).

b. *Par la moyenne diminution de tête que subit un citoyen romain* (*V. sup.* *pag.* 20).

c. *Par naturalisation* (*V. sup.* *pag.* 21).

ART. III. COMMENT ON CESSE D'ÊTRE ÉTRANGER.

1^o *En perdant la liberté* (*V. comment on devient esclave*, *sect.* 3, *p.* 32).

2^o *En acquérant le titre de citoyen romain.* (*V. comment on devient citoyen romain*, *sup.* *p.* 3).

In orbe romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt (1) (*Ulpian. L.* 17, ff. *de stat. hom.*).

(1) Ce fragment a fait naître beaucoup de disputes entre les savans : on n'est d'accord ni sur l'auteur ni sur les effets de cette constitution célèbre.

L'opinion la plus généralement adoptée est que l'*Antonin* dont on

Dedititia conditio nullo modo in posterum nostram Rempubli-
cā molestare concedatur, sed sit penitus deleta : quia nec in
usu esse reperimus, sed vanum nomen hujus libertatis circum-
ducitur. Nos enim qui veritatem colimus, ea tantummodo volu-
mus in nostris esse legibus, quæ re ipsa obtinent (*L. unic., C. de
dedit. libertat. toll.*).

Cum dedititii liberti jam sublati sint, ea propter imperfecta
Latinorum libertas incertis vestigiis titubat, et quasi per satyram
inducta adhuc remanet, et non inutilis quidem pars ejus dimini-
uitur, quod autem ex re ipsa rationabile est, hoc in ejus perfec-
tum deducitur. Cum enim *Latini* liberti ad similitudinem anti-
quæ Latinitatis, quæ in colonis missa est, videntur esse introducti,
ex qua nihil aliud Reipublicæ, nisi bellum accessit civile : satis
absurdum est, ipsa origine rei sublata, ejus imaginem derelin-
qui. Cum igitur multis modis et pene innumerabilibus Latinorum
introducenda est conditio, et Leges diversæ, et Senatusconsulta
introducenda sunt, (et) ex his difficultates maximæ emergebant,
tam ex lege Junia, quam ex Largiano Senatusconsulto, nec non
ex Edicto divi Trajani; quorum quidem plenæ fuerant nostræ
leges, non autem in rebus (eorum) fuerat experimentum : stu-
diosissimum (nobis) visum est hæc quidem omnia et Latinam
libertatem resecare, certos autem modos eligere, ex quibus antea
quidem Latina competebat libertas, in præsentī autem Romana
defertur conditio, ut his præsentī lege enumeratis et civibus
Romanis nascentibus, cæteri omnes modi, per quos Latino-
rum nomen inducebatur, penitus conquiescant, et non Latinos
pariant, sed pro nullis habeantur. Quis enim patiatur talem esse

parle ici n'est autre qu'*Antonin Caracalla* (J. C. 211 — 217); malgré
l'assertion de Justinien, qui attribue cette mesure à *Antonin le Pieux*
Novell. 78, c. 85).

Quant à l'étendue de ses effets, on a aussi beaucoup varié : ce
qui paraît incontestable, c'est que le bienfait de cette constitution
fut restreint aux *INGÉNUS* : nous voyons en effet que long-temps
après Caracalla on continua à distinguer les *AFFRANCHIS* en *cives
romani*, *Latini - Juniani* et *Peregrini Dediticiorum numero* (*Cf. inf.
L. unic. C. de latin. libert. toll. ; L. unic. C. de dedit. libert. toll.*).

libertatem, ex qua ipso tempore mortis in eandem personam simul et libertas et servitus concurrant : et qui quasi liber moratus est, eripiatur non solum in mortem, sed etiam in servitutem? (*Justinian. L. unic. C. de Latin. libert. toll.*).

Facimus autem novum nihil, sed egregios ante nos imperatores sequimur. Sicut enim Antoninus Pius cognominatus, (ex quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit) jus Romanæ civitatis prius ab unoquoque subjectorum petitus et taliter ex iis, qui vocantur peregrini, ad Romanam ingenuitatem deducens, hoc ille omnibus in commune subjectis donavit, et Theodosius junior post Constantinum maximum sanctissimæ hujus civitatis conditorem, filiorum prius jus petitus in commune dedit subjectis : sic etiam nos hoc videlicet regenerationis et aureorum annulorum jus, unicuique petentium datum, et damni et scrupulositatis præbens occasionem, et manumissorum indigens auctoritate, omnibus similiter subjectis ex hac lege damus : restituimus enim naturæ, ingenuitate dignos, non per singulos de cætero, sed omnes deinceps qui libertatem a dominis meruerint : ut hanc magnam quandam et generalem largitatem nostris subjectis adjiciamus (Novell. 78, cap. 5).

Propterea sancimus, si quis manumittens servum aut ancillam suam, cives denunciaverit Romanos, (neque enim aliter licet) sciat ex hac lege, quia qui libertatem acceperit, habebit subsequens mox et aureorum annulorum et regenerationis jus, et non jam ex necessitate hoc a principibus postulabit : neque indigebit omnino ulla scrupulositate : sed libertatis virtute hæc omnia subsequenter : hac nostra lege ex præsentis die inchoante. Non enim aliquid horum quæ prius facta sunt, prescrutamur. Firmamus igitur omnia præcedentia : ut valeant secundum eos, per quos facta sunt modos : sed hæc quidem sic habere sancimus (Novell. 78, c. 1).

Illud vero adjicimus, ut nihil neque post hanc legem nostram tædantur patronatus jura, illa vero quæ nos sancimus, in quibuscunque omnino hæc personis servabimus, nisi tamen etiam ab his libertum qui libertatem donavit, absolverit, aut per fideicommissum hoc relinquens, aut in ipsa libertate hoc adjiciens ; nam si hoc ille dederit, omnino qui manumittitur, absolvetur etiam a patronatus jure, eo quod ille hoc expresserit. Habeant itaque hæc omnia qui libertatem meruerunt : verumtamen servant etiam post hanc

nostram constitutionem eis qui ad talem eos perduxerunt honorem, omnem reverentiam..... § 1. Quapropter sint quidem et liberti et ingenui, sive ii qui dudum manumissi sunt, et evidenter eis hoc largitum est : sive illi qui post hanc legem nostram ad ingenuitatem venientes, tamquam bene nati jam facti vivant, et debitum honorem manumissoribus reddant : ut non denuo et libertate et benenatione cadant, tanquam indevoti ingrati que convicti, et a lege damnati. Erunt namque ita perpetue liberi et ingenui, si manumissoribus eorunisque filiis inconfusam et liberam suam venerationem et reverentiam devotionemque servaverint : quibus videlicet conservatis numquam ad priorem relabentur fortunam (ibid. c. 2).

SECTION III.

DES ESCLAVES.

PR.

Servitus (autem) est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur (*Florent. L. 4, § 1, ff. de stat. hom.*).

Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare nec occidere solent : qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiuntur (*eod. § 2 et 3*).

In servorum conditione nulla est differentia (*eod.*) (1).

ART. I. COMMENT ON DEVIENT ESCLAVE.

Servi autem nascuntur (voyez a) aut fiunt (voyez b) (*Marcian. L. 5, § 1, eod.*).

a. Par naissance.

... Nascuntur ex ancillis nostris (*ibid.*)

(1) Cette assertion n'est pas tout-à-fait exacte ; car nous verrons tout à l'heure que les esclaves de la peine forment une catégorie à part.

....cum jure naturali omnes liberi nascerentur (*Ulpian. L. 4, ff. de just. et jure*).

Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio matris conditioni accedunt (1) (*Ulp. 5 frag. 8; Cf. Gaius, 1 Com. 82*).

Cum servis nullum est connubium (*Ulp. ibid. 5*).

In his qui, jure contracto matrimonio, nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem qui non legitime concipiuntur, editionis : veluti si ancilla conceperit, deinde manumissa pariat, liberum parit; nam, quoniam non legitime concepit, cum editionis tempore libera sit, partus quoque liber est (*Ulp. 5 frag. 10; Cf. Gaius, 1 Com. 89.*)

Si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci. Nec interest (2) justis nuptiis concepit, an vulgo : quia non debet calamitas matris nocere ei qui in utero est (*Marcian. L. 5, § 2, ff. de stat. hom.*).

.... quæsitum est : si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta, aut expulsa civitate pepererit : liberum an servum pariat? Et tamen rectius probatum liberum nasci : et sufficere ei, qui in ventre est, liberam matrem, vel medio tempore, fuisse (§ 3, *ead.*).

Id enim favor libertatis exposcit (3) (*Paul. 2 Sent. 24, § 2*).

(1) Voyez quelques exceptions à ce principe dans Gaius, 1 Com. 83, 84 et 85.

(2) Gaius nous apprend que quelques jurisconsultes professaient une opinion contraire (V. § 91, *cit. supr.*, page 8).

(3) Telle est en effet la véritable raison pour laquelle on a dérogé à la rigueur du principe exposé par Ulpien (5 *frag. 10*). Cette exception, établie en faveur de la liberté, ne doit pas être étendue au cas où il s'agit, non pas de savoir si un enfant naîtra libre ou esclave, mais s'il naîtra citoyen ou étranger.

b. *Par des événemens postérieurs à la naissance.*

Fiunt aut jure gentium (aa) aut jure civili (bb) (*Ex Marcian. L. 5, § 1, ff. de stat. hom.; Just. 4, J. de jur. pers.*).

aa. ... *Jure gentium*, id est, ex captivitate (*ibid.*).

... Quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt : adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur (*Gaius, L. 5, § 7, et L. 7, pr. ff. de A. R. D.*).

Hostes hi sunt, qui nobis, aut quibus nos publice bellum decrevimus : cæteri latrones aut prædones sunt (*Pompon. L. 118, ff. de verb. signif. Cf. L. 24, ff. de capt.*).

In civilibus dissensionibus, quamvis sæpe per eas *Respublica* lædatur, non tamen in exitium *Reipublicæ* contenditur; qui in alterutras partes discedunt, vice hostium non sunt eorum, inter quos jura captivitatum, aut postliminiorum fuerunt : et ideo captos et venundatos, posteaque manumissos, placuit supervacuo repetere a Principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant (*Ulp. L. 21, § 1, ff. de captiv. et postlim.*).

Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, et postea manumissum esse. Sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem (*Justinian. § 1, J. de ingenuis*).

.... ab hostibus (autem) captus.... postliminio statum pristinum recuperat (*Ulp. L. 24, ff. de captiv. et postlim.*).

Postliminium est jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo et in statum pristinum restituendæ, inter nos ac liberos populos regesque, moribus, legibus constitutum (*Paul. L. 19, pp. eod.*).

Dictum est autem postliminium a LIMINE et POST, ut eum qui ad hostibus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in

domibus quemdam finem faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt : hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus ; ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat. — Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur (*Justinian. § 5, J. quib. mod. jus.*).

Postliminio rediisse videtur cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur ubi fines nostros excessit. Sed et si in civitatem socium amicumve, aut ad regem socium amicumve venerit, statim postliminio rediisse videtur : quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat (*L. 19, § 3, de capt. et post. ; Cf. L. 26, eod.*).

Retro creditur in civitate fuisse qui ab hostibus advenit (*Ulpian. L. 16, eod.*).

In omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est (*idem, L. 18, eod.*).

Postliminio carent qui armis victi hostibus se dederunt (*Paul. L. 17, eod.*).

Transfugæ nullum postliminium est : nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est (*idem, L. 19, eod.*).

Postliminii jus competit aut in bello aut in pace. — 1. In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt, et intra præsidia sua perduxerunt : nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est, perinde ei omnia restituuntur jura, ac si captus ab hostibus non esset : antequam in præsidia perducatur hostium, manet civis : tunc autem reversus intelligitur, si aut ad amicos nostros perveniat, aut intra præsidia nostra esse cœpit. — 2. Captivus autem, si a nobis manumissus fuerit et pervenerit ad suos, ita demum postliminio reversus intelligitur si malit eos sequi, quam in nostra civitate manere : et ideo in Attilio Re-

gulo, quem Carthaginienses Romam miserunt, responsum est, non esse (eum) postliminio reversum : quia juraverat Carthaginem reversurum, et non habuerat animum Romæ remanendi. Et ideo in quodam interprete Menandro, qui, posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quæ lata est de illo, ut maneret civis Romanus. Nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis : sive animus fuisset revertendi, maneret civis : et ideo lex esset supervacua (*Pompon. L. 5, eod.*).

bb. Jure civili, savoir par la grande diminution de tête.

Intereunt autem homines quidem, maxima aut media (1) capitis deminutione, aut morte (*Ulp. L. 63, ff, pro socio*).

Maxima capitis deminutio est per quam civitas et libertas amittitur (*Ulp. 11 frag. 11; Cf. Gaius, 1 Com. 160*).

1°

Veluti cum incensus aliquis venierit (*eod.*).

2°

Aut quod mulier alieno servo se junxerit, denuntiante domino, et ancilla facta fuerit ex Scto Claudiano (*eod.*; *Cf. Gaius, 160; Cf. Tacit. Annal. XII, 53*).

1. Si mulier ingenua civisque romana vel latina, alieno se servo conjunxerit, si quidem invito et denuntiante domino in eodem contubernio perseveraverit, efficitur ancilla. — 2. Si servo pupilli ingenua mulier se jungat, denuntiatione tutoris efficitur ancilla. — 3. Mulier, etsi deferre non possit, tamen ei quæ se servo junxerit, denuntiando acquirit ancillam. — 4. Procurator et filiusfa-

(1) Pour les effets de la *media capitis deminutio*, Voyez *Sup.* p. 20.

miliæ et servus, jussu patris aut domini denuntiando, faciunt ancillam. — 5. Si peculiari servo filii familiæ libera se mulier conjunxerit, nulla discretione paternæ voluntatis, jure solenni decurso, adquirit ancillam. — 6. Liberta sciente patrono alieni servi secuta contubernium, ejus qui denuntiavit efficitur ancilla. — 7. Liberta, si ignorante patrono servo se alieno conjunxerit, ancilla patroni efficitur, ea conditione ne aliquando ab eo ad civitatem romanam perducatur. — 8. Filii familiæ servo, quem ex castrensi peculio habet, si se ingenua mulier conjunxerit, ejus denuntiatione efficitur ancilla. — 9. Filia familiæ si, invito vel ignorante patre, servo alieno se junxerit, etiam post denuntiationem statum suum retinet; quia facto filiorum pejor conditio parentum fieri non potest. — 10. Filia familiæ si, jubente patre, invito domino, servi alieni contubernium secuta sit, ancilla efficitur; quia parentes deteriore filiorum conditionem facere possunt. — 11. Liberta, servi patroni contubernium secuta, etiam post denuntiationem in eo statu manebit; quia domum patroni videtur deserere noluisse. — 12. Errore quæ se putavit ancillam, atque ideo alieni servi contubernium secuta est, postea liberam se sciens in contubernio eodem perseveraverit, efficitur ancilla. — 13. Si patrona servo liberti sui se conjunxerit, etiam denuntiatione conventam ancillam fieri non placuit. — 14. Mulier ingenua quæ se sciens servo municipum junxerit etiam citra denuntiationem ancilla efficitur: non idem si nesciat. Nescisse autem videtur, quæ, comperta conditione, contubernio se abstinuit, aut libertum putavit. — 15. Libera mulier, contubernium ejus secuta qui plures dominos habuit, ejus fit ancilla qui prior denuntiavit; nisi forte ab omnibus factum sit. — 16. Si mater servo filii se junxerit, non tollit senatusconsultum Claudianum erubescendam matris etiam in re turpi re-

verentiam, exemplo ejus quæ se servo liberti sui conjunxerit. — 17. Tribus denuntiationibus conventa, etsi ex senatusconsulto facta videatur ancilla, domino tamen adjudicata, citra auctoritatem interpositi per præsidem decreti, non videtur; ipse enim debet auferre, qui dare potest libertatem. — 18. Filiafamilias, mortuo patre, si in servi contubernio perseveraverit, pro tenore senatusconsulti conventa efficitur ancilla (*Paul. 2 Sent. 21 (A)*).

... impium credidimus, quasdam mulieres libertate sua fraudari... *Claudianum* Scutum, et omnem ejus observationem circa denunciationes, et Judicum sententias conquiescere in posterum volumus: ne (ea) quæ libera constituta est, semel decepta, vel infelici cupidine capta, vel alio quocumque modo, contra natalium suorum ingenuitatem deducatur in servitutem... Quod et in libertis observari oportet. (*Justinian. L. unic. C. de SC. Claude. toll.*).

30

.... Si quis se major viginti annis ad pretium participandum venire passus est (*Marcian. L. 5, § 1, ff. de stat. hom.*).

Libertas inæstimabilis res est (*Paul. L. 106, ff. de R. J.*).

Majores viginti annis ita demum ad libertatem proclamare non possunt, si pretium ad ipsum qui vœniit, pervenerit. Ex cæteris autem causis, quamvis major viginti annis se venundari passus sit, ad libertatem ei proclamare licet. Minori autem viginti annis ne quidem ex causa supra scripta debet denegari libertatis proclamatione: nisi major annis viginti factus, duravit in servitute: tunc enim si pretium partitus sit, dicendum erit, denegari ei deberi libertatis proclamationem (*Ulp. L. 1 pr. et § 1, ff. quib. ad libert. proclam.*).

Si quis sciens liberum emerit, non denegatur vendito in libertatem proclamatio adversus eum, qui eum com-

paravit : cujusque sit ætatis, qui emptus est : idcirco, quia non est venia dignus, qui emit, etiam si scientem prudentemque se liberum emerit. Sed enim si postea alius eum emerit, ab hoc qui scivit, ignorans : deneganda est ei libertas (*Ulp. L. 7, § 2, ff. de liber. caus.*).

Si duo liberum hominem majorem annis viginti emerimus, unus sciens ejus conditionem, alter ignorans : an non propter eum qui scit, ad libertatem ei proclamare permittitur ; si propter eum, qui ignorat, servus efficietur ? Sed non etiam ejus, qui scit, sed tantum alterius (*Paul. L. 5, ff. quib. ad liber. procl.*).

4^o

Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt : itaque præoccupat hic casus mortem, et nonnunquam longum tempus occupat : quod accidit in personis eorum qui ad bestias damnantur. Sæpe etiam ideo servari solent post damnationem, ut ex his in alios quæstio habeatur (*Gaius, L. 29, ff. de pœnis*).

Qui ex causa in metallum dati sunt, et post hoc deliquerunt, in eos tanquam metallicos constitui debet : quamvis nondum in eum locum perducti fuerint, in quo operari habent : nam statim ut de his sententia dicta est, conditionem suam permutant (*Macer, L. 10, § 1, ff. eod.*).

In ministerium metallicorum feminæ in perpetuum, vel ad tempus damnari solent : simili modo et in salinas. Et (si) quidem in perpetuum fuerint damnatæ, quasi servæ pœnæ constituuntur : si vero ad tempus damnantur, retinent civitatem (*Ulp. L. 8, § 8, ff. eod.*).

Sunt quidam servi pœnæ, ut sunt in metallum dati, et in opus metalli : et si quid eis testamento datum fuerit, pro non scriptis est : quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ (*Marcian. L. 17, ff. eod.*).

Ab hostibus captus, neque sui, neque legitimi heredis, jus amittit, postliminio reversus. Quod et circa eos qui in insulam deportantur, vel servi pœnæ effecti sunt, placuit observari, si per omnia in integrum indulgentia principali restituantur (*Paul. 4 Sent. 8, § 24*).

Quod autem prius ex severitate legum introductum est, nos clementi cessione resolvimus. Si enim ex decreto judiciali in metallum aliquis, aut vir, aut mulier, duri jussus esset (quale nunc vel in Proconneso et in appellata Gypso), servitus quidem erat, et ab antiquis legislatoribus sancita, et ex supplicio illata: separabatur vero matrimonium, supplicio possidente damnatum sibi que servientem. Nos autem hoc remittimus: et NULLUM AB INITIO BENE NATORUM EX SUPPLICIO PERMITTIMUS FIERI SERVUM. Neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum: qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus. Maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læsum, utpote inter personas liberas consistens (Novell. 22, c. 8).

5°

5. Si manumissus ingratus circa patronum suum extiterit, et quadam jactantia vel contumacia cervicem adversus eum erexerit, aut levis offensæ contraxerit culpam: a patrono rursus sub imperium ditionemque mittatur, si in judicio vel apud pedaneos judices patroni querela exorta ingratum eum ostendat.... (*Constant. L. 2, C. de libert. et liber. eor.*).

ART. II. COMMENT ON CESSE D'ÊTRE ESCLAVE.

1° *Par affranchissement. (V. sup. pag. 9, 25 et 28.)*

2° *Sans affranchissement:*

1. Eum qui ita vœniit ut intra tempus manumitteretur, quum dies præstandæ libertatis venerit, vivente venditore et perseverante in eadem voluntate, perinde haberi ac si ab eo a quo debuit manumitti, manumissus esset;

mortuo autem venditore non esse heredum ejus voluntatem explorandam divus Marcus rescripsit (*Callistrat. L. 3, ff. qui sine manumiss.*).

2. Si quis ab alio nummos acceperit ut servum suum manumittat; etiam ab invito libertas extorqueri potest, licet plerumque pecunia ejus numerata sit (*Papin. L. 19, ff. de manumiss. Cf. L. 36, C. de liber. caus.*).

3. Divus Marcus rescripsit; fideicommissarias libertates neque ætate, neque conditione, neque mora non præstantium tardiusve reddentium, corrumpi aut in deteriorem statum perducì (*Ulpian. L. 30, § 16, ff. de fideicom. libert. Cf. L. 26, § 1, et L. 53, § 1, eod.*).

Libertas non privata sed publica res est; ut ultro is qui eam dicit, offerre debeat (*Marcian. L. 53, ff. eod.*).

4. Qui se dicit suis nummis redemptum, si hoc probaverit, exinde liber erit ex quo redemptus est (*Ulpian. L. 67 ff. de judic.; Cf. L. 4, § 1, de his qui sine manum.*).

5. Qui ob necem detectam domini, præmium libertatis consequitur, fit Orcinus libertus (*Marcian. L. 5, ff. qui sine manum.*).

6. Servo quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex edicto divi Claudii competit libertas (*Modest. L. 2, eod.*).

APPENDIX A LA PREMIÈRE DIVISION (1).

1. De ceux qui sont notés d'infamie.

Prætoris verba dicunt : infamia notatur, qui ab exercitu, ignominia causa ab Imperatore, eove cui de ea

(1) Nous avons cru devoir réserver pour cet *Appendix* quelques espèces de personnes qui, bien qu'on les comprenne dans l'une ou l'autre

re statuendi potestas fuerit, dimissus erit. — Qui artis ludicræ pronuntiandive causa in scenam prodierit. — Qui Lenocinium fecerit. — Qui in judicio publico, calumniæ prevaricationisve causa quid fecisse judicatus fuerit. — Qui Furti, Vi bonorum raptorum, Injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus, pactusve erit. — Qui pro Socio, Tutelæ, Mandati, Depositum, suo nomine, non contrario judicio, damnatus erit. — Qui eam quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, quum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit; eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est : et qui eum quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est uxorem ducere passus fuerit. — Quive suo nomine, non jussu ejus cujus in potestate esset, ejusve nomine quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit (*Julian. L. 1, ff. de his qui not. infam. Cf. L. 3, et L. 6, C. ex quib. caus. infam.*)

2. Des déportés (*Cf. sup. pag. 21*).

Item quidam ἀπολιδες sunt (hoc est sine civitate) ut sunt in opus publicum perpetuo damnati et in insulam deportati : ut ea quidem quæ juris civilis sunt non habeant; quæ vero juris gentium sunt, habeant (*Marcian. L. 17, § 1, ff. de pænis; Cf. L. 14, 15, 16, eod.*).

Etiam in opus perpetuum damnati, non dissimilis conditionis sunt ab his qui deportantur in insulam (*Tit. Æ. et Antonin. L. 1, C. eod.*).

des sections précédentes, présentent cependant dans leur condition légale des anomalies assez importantes pour mériter qu'on s'en occupe séparément.

3. *Des redempti ab hostibus.*

Ab hostibus redempti quoad exsolvatur pretium, (magis) in causam pignoris constituti quam in servilem conditionem esse detrusi videntur : et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est (*Gordian. L. 2, C. de postlim. revers.*).

Liber captus ab hostibus et commercio redemptus, tunc demum cum pretium solverit, vel ei hoc qualicumque remittatur iudicio, statum pristinum recipit (*Dioclet. et Maxim. L. 17, eod.*).

4. *Des statu-liberi.*

1. Qui sub conditione testamento liber esse jussus est, statu-liber appellatur. — 2. Statu-liber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est. — 3. Statu-liber, seu alienetur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit. — 4. Sub hac conditione liber esse jussus, si decem millia heredi dederit, et si ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet : idque lex duodecim tabularum jubet. — 5. Si per heredem factum sit, quominus statu-liber conditioni pareat, perinde fit liber atque si conditio expleta fuisset. — 6. Extraneo pecuniam dare jussus et liber esse, si paratus sit dare, et is cui jussus est dare, aut nollet accipere, aut antequam acceperit moriatur, perinde fit liber ac si pecuniam dedisset (*Ulp. 2, Frag. Cf.; Gaius, 2 Com. 200. — V. ff. lib. XL, tit. 7.*).

5. *Des Coloni (1).*

Colonos nunquam fiscalium nomine debitorum ullius exactoris

(1) Coloni, originarii, adscriptitii, inquilini, tributarii, censiti.

pulset intentio : quos ita glebis inhære præcipimus , ut nec puncto quidem temporis debeant amoveri (*Honor. et Theod. L. 15, C. de agricol. et censit.*).

..... et licet conditione videantur ingenui , servi tamen terræ ipsius , cui nati sunt , existimentur : nec recedendi quo velint , aut permutandi loca habeant facultatem , sed possessores eorum jure utantur et patroni sollicitudine et domini potestate. (*Theod. et Valent. L. unic. C. de colon. Thrac.*).

Omnes omnino fugitivos adscriptitios , colonos vel inquilinos sine ullo sexus , muneris , conditionisque discrimine , ad antiquos penates , ubi censiti , atque educati , natiue sunt , provinciis præsidentes redire compellant (*Valent., Valens et Gratian. L. 6, C. de agricol. et censit.*).

Quemadmodum originarios absque terra , ita rusticos , censitosque servos vendi omnifariam non licebit (*idem, L. 7, eod.*).

Si quis prædium vendere voluerit vel donare , retinere sibi transferendos ad alia loca colonos privata pactione non possit... (*Constant. L. 2, C. de agricol. et censit.*).

Domini prædiorum id , quod terra præstat , accipiant , pecuniam non requirant , quam rustici optare non audent : nisi consuetudo prædii hoc exigit (*Valent. et Valens, L. 5, eod.*).

Quisquis colonus plus a domino exigitur quam ante consueverat , et quam in anterioribus temporibus exactum est , adeat Judicem cujus primum poterit habere præsentiam , et facinus comprobet : ut ille qui vincitur amplius postulare , quam accipere consueverat , hoc facere in posterum prohibeatur : prius reddito , quod superexactione perpetrata noscitur extorsisse (*Constant. L. 1, C. in quib. caus. colon.*).

Ne diutius dubitetur , si qui ex adscriptitia et libero , vel ex adscriptitia et servo , vel adscriptitio et ancilla fuisset editus , cujus status sit , vel quæ pejor fortuna sit , utrumne adscriptitia an servilis : sancimus , ea quidem , quæ in anterioribus legibus cauta sunt pro tali progenie , quæ ex mulieribus adscriptitiis et viris liberis progenita sit , in suo statu relinqui , et sic sit adscriptitia proles ex tali copulatione procreata. Si qui autem vel ex servo et adscriptitia , vel ab ancilla et adscriptitio fuerit editus , matris suæ ventrem sequatur , et talis sit conditionis , qualis et genitrix fuit , sive

ancilla sive adscriptitia : quod hactenus in liberis tantum et servis observabatur. Quæ enim differentia inter servos et adscriptitios intelligatur, cum uterque in domini sui positus sit potestate, et possit servum cum peculio manumittere et adscriptitium cum terra dominio suo expellere (*Justinian. L. 21. C. de agricol. et cens.* ; Cf. *Novell. 54, pr. et § 1* ; *Novell. 22, c. 17* ; *Novell. 162, c. 2, etc.*).

Agriculturarum alii quidem sunt adscriptitii, et eorum peculia dominis competunt : alii vero tempore annorum xxx coloni fiunt (liberi) manentes cum rebus suis : et ii etiam coguntur terram colere et canonem præstare (*Anastas. L. 18, eod.*) (1).

(1) Quelque nombreuses que soient les distinctions des Personnes, que nous avons expliquées dans cette première Division, ceux de nos lecteurs qui, en étudiant l'histoire de la société romaine, auront remarqué de combien d'éléments divers cette société était composée, seront peut-être surpris que nous n'ayons parlé ni des *sénateurs*, ni des *municipes*, ni des *décursions*, ni des *militaires*, ni des *célibataires* (cœlibes et orbi), ni des *patrons*, et qui, quoique appartenant, soit à l'une soit à l'autre des classes ci-dessus indiquées, étaient cependant l'objet de quelques règles spéciales. Mais il nous suffira de faire remarquer que toutes les fois qu'une certaine qualité des personnes n'exerçait d'influence que sur une seule espèce de droits faisant l'objet particulier d'un des traités dans lesquels nous divisons le Droit privé, au lieu d'indiquer cette qualité dans ce premier Livre, où les personnes ne sont considérées que par rapport à l'ensemble du Droit privé, nous avons jugé qu'il était plus convenable de ne s'occuper de ces qualités moins essentielles que dans celui de nos Traités auquel appartiennent les droits qu'elles modifient.

Cette observation peut jusqu'à un certain point s'appliquer aux divisions suivantes. Que si l'on objectait que dans ce système l'incapacité des femmes n'aurait pas dû nous occuper dans ce premier Livre, nous répondrions que, fondée dans le dernier état du Droit, cette objection ne peut s'appliquer au Droit ancien, qui fait principalement l'objet de nos études, et dans lequel l'incapacité des femmes se manifestait dans toutes les branches du Droit privé.

DEUXIÈME DIVISION,

RÉSULTANT D'UNE CERTAINE ORGANISATION
DE LA FAMILLE.

Sequitur de jure personarum alia divisio ; nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri sunt subjectæ 49. Sed rursus earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt (*Gaius, 1 Com.*).

PR. (1)

..... — 1. Familiæ appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varîe accepta est : nam et in res et in personas deducitur. In res, utputa in Lege XII Tabularum his verbis : *Adgnatus proximus familiam habeto*. Ad personas autem refertur familiæ significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex : *ex ea familia*, inquit, *in eam familiam*. Et hic de singularibus personis legem loqui constat. — 2. Familiæ appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum, aut communi universæ cognationis continetur. Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut natura, aut jure subjectæ, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut-

(1) Quoique, dans le plan de cet ouvrage, un *Traité spécial* doive embrasser tout ce qui concerne les *Engagemens de la famille*, en prenant ce dernier mot dans le sens le plus étendu, nous avons cru néanmoins qu'il était indispensable de donner ici une idée de l'organisation de la famille romaine, pour faire bien comprendre les différences établies entre les Personnes en vertu de cette même organisation.

puta nepotes et neptes, et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet : recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat : non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus. Denique et pupillum patremfamilias appellamus ; et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere : singuli enim patrum-familiarum nomen subeunt : idemque eveniet et in eo qui emancipatus est : nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet. Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum : nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent : tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. — 3. Servitutem quoque solemus appellare familias, ut in Edicto Prætoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi prætor loquitur de familia Publicanorum : sed ibi non omnes servi, sed corpus quoddam servorum demonstratur, hujus rei causa paratum, hoc est, vectigalis causa : alia autem parte Edicti omnes servi continentur : ut de hominibus coactis, et vi bonorum raptorum : item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera, aut familiæ ejus, et Interdicto unde vi, familiæ appellatio omnes servos comprehendit : sed et filii continentur. — 4. Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur : sicuti dicimus familiam Juliam quasi à fonte quodam memoriæ. § 5. Mulier autem familiæ suæ, et caput, et finis est (*Ulp. L. 195, ff. de verb. sig.*).

Familiæ appellatione et ipse princeps familiæ continetur. — 1. Feminarum liberos in familia earum non esse, palam est : quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur (*id. L. 196, ff. eod.*).

SECTION I.

PUISSANCE PATERNELLE.

PR.

Nam civium romanorum quidam sunt patresfamiliarum, alii filii familiarum : quædam matres familiarum, quædam filia familiarum (*Ulp. L. 4, ff. de his qui sui vel alieni*).

ART. I. DES PÈRES DE FAMILLE.

... Patres familiarum sunt qui sunt suæ potestatis ; sive puberes sive impuberes : simili modo matres familiarum (*L. 4. cit.*).

§ 1. Comment un citoyen romain est père de famille :

1^o En naissant (*Cf. Gaius, 1 Com. 76—95, sup. cit.*).

Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi Lex specialis aliud inducit (*Ulp. L. 24, ff. de stat. hom.*).

Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt ; vel qui possunt quidem, sed eum habent quem habere non licet : qui et *spurii* appellantur, id est, à *satione*.

Si adversus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt ; sed tales sunt (quantum ad potestatem patris pertinet), quales sunt ii quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his et etiam (pater) est incertus (*Just. § 12, J. de nuptiis*).

Posthumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent (*Gaius, 3 Com. 4*).

2° *Par des événemens postérieurs à la naissance, savoir :*

a. *Par la mort du père de famille.*

Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit : nam mortuo patre sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur ; mortuo vero avo non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita si post mortem avi in patris sui potestatem recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivat et in potestate patris sui fuerit, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt : si vero is, quo tempore avus moritur, aut etiam mortuus est aut exiit de potestate patris, tunc ii, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt (*Gaius, 1 Com. 127*).

b. *Par tout événement qui fait perdre au père de famille la liberté ou la cité.*

(Voyez plus haut (pag. 20) comment on perd la qualité de citoyen romain).

...Nec enim ratio patitur ut peregrinæ homo conditionis civem romanum in potestate habeat (*Gaius, 1 Com. 128 ; Cf. Novell. 22, c. 8, sup. cit.*).

c. *Par émancipation.*

Qui emancipatus est... sui juris effectus, propriam familiam habet (*Ulpian. L. 195, § 3, de R. J.*).

Non potest filius qui est in potestate patris, ullo modo compellere eum, ne sit in potestate : sive naturalis, sive adoptivus (*Marcian. L. 31, ff. de adop.*).

Nonnunquam autem impubes qui adoptatus est, audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret. Idque causa cognita per judicem statuendum erit (*Papin. L. 32, eod.*).

Divus Trajanus filium quem pater male contra pietatem adiciebat, coegit emancipare (*idem*, L. 5, ff. *si a parent. quis*).

Formes de l'émancipation.

Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemnī vel casu, liberantur : nec causæ quibus motus pater emancipavit filium sed actus solemnitas requiritur (*Dioclet. et Max. L. 3, C. de emancip.*).

Emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentium esse. Sed filius quidem ter *mancipatus sui juris fit* ; ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate : lex enim XII tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, *his verbis* : SI PATER FILIUM TER VENUNDUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO. — Quæ res ita agitur : *mancipat pater filium alicui* ; is eum vindicta manumittit : eo facto revertitur in potestatem patris ; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii, set *in usu est eidem mancipari* ; *isque eum postea similiter vindicta... in potestatem patris revertitur.... tunc tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii, set hoc in usu est ut eidem mancipet.... mancipat....* nam si nondum manumissus sit, set adhuc in causa mancipii.... (*Gaius, 1 Com. 132*).

Tamen cum tertio mancipatus fuerit filius à patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur, et a naturali patre manumittatur : ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hæreditate naturalis pater, non fiduciarius, succedat. Feminae vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vel avi exeunt potestate et sui juris efficiuntur. Et hi ipsi, quamlibet una mancipatione de patris vel avi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non

potest; nisi (*sed*) fiduciarius, a quo manumissi sunt. Nam si remancipatum eum sibi naturalis pater vel avus manumiserit, ipse ei in hæreditate succedit (*Epit. 1, 6, § 3*).

Liberum arbitrium est ei qui filium et ex eo nepotem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero in potestate retinere; vel ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero manumittere; vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote dicta esse intellegemus (*Gaius, L. 28, ff. de adopt.*).

... Personæ liberæ.... nisi in præsentia sint, mancipari non possunt (*Gaius 1, Com. 121*).

Jubemus licere parentibus..... si liberos quos habent in potestate..... per emancipationem, vel absentes et peregre degentes, vel in iisdem locis seu regionibus commorantes, in judicio vero non præsentis, juris sui constituere maluerint, supplicationibus porrectis mereri super hoc divinum oraculum, hocque apud competentem judicem, ad cujus jurisdictionem actus emancipationis pertinet, insinuare, superque precibus a semet oblatis apud eum deponere : ut hoc subsecuto, et auctoritate præcedente principali, plenissimum robur emancipatio sortiatur, et personæ in quas talis liberalitas collata sit, de aliena potestate, quasi a parentibus ex emancipatione manumissæ, liberentur (*Anastas. L. 5, C. de emancip. 503*).

Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles et injuriosa rhapsimata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus : jubemus, hujusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel, sine sacro rescripto, intrare competentis judicis tribunal, vel eos adire magistratus quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam, a sua manu dimittere : et legitima jura omnimodo habere, etsi specialiter hoc sibi non servaverit... : vana tantummodo.... observatione sublata (*Justin. L. 6, C. cod.*)

d. *Par l'obtention de certaines dignités.*

Præterea exeunt liberi virilis sexus de patris potestate, si flamines diales inaugurentur; et feminini sexus, si virgines vestales capiantur (*Gaius*, 1 *Com.* 130).

Filius familias, si militaverit, vel si senator vel consul factus fuerit, manet in patris potestate (§ 4, *J. quib. mod. jus*).

Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas, illico imperialibus codicillis præstitis, a patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit ab aliena eximere potestate? (*ibid.*, et *V. L. ult. C. de consul.*).

Sancimus ut omnis talis dignitas quæ eos liberat a curia, hoc valeat et ut potestate eos liberet patrum atque avorum. Non volumus eum qui ita suæ potestatis fit, perdere aliquod legitimorum jus, et filii eorum post mortem avorum sub eorum recidant potestatem, ac si contigisset eos morte parentum, et non ex præsentī lege, suæ potestatis fieri (*Nov. 81, C. 1 et 2*).

§ 2. *Comment on perd la qualité de père de famille.*

(Voyez ci-dessus (pag. 20) comment on perd celle de citoyen romain; voyez ci-après (pag. 63) comment un père de famille devient fils de famille, et (pag. 76 et 81) comment on peut tomber in manu ou in mancipio.

ART. II. DES FILS DE FAMILLE.

... filii familiarum et filiæ (*sunt, cives romani*) qui sunt in aliena potestate (*Ulp. L. 4, in fin, ff. de his qui sui*).

§ 1. *Comment un citoyen romain se trouve placé dans la classe des fils de famille.*

1^o *En naissant ex justis nuptiis.* (*Cf. Gaius*, 1 *Com.* 56, 75, 76, et seq., *sup. cit.* p. 4.)

In potestate nostra sunt liberi quos ex justis nuptiis procreaverimus (1) (*Gaius L. 3, ff. de his qui sui*).

Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est (§ 3, *J. de patr. pot.*).

Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate, et pronepos, proneptis et deinceps ceteri (*ibid. Cf. Ulp. L. 4, de his qui sui*).

Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et mancipari et in adoptionem dari potest. At is qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate; sed eum Labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse, cujus et pater sit. Utimur autem hoc jure, ut quamdiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus : et siquidem pater ejus ex mancipatione manumissus erit, cadit in ejus potestatem; si vero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui juris fit... Quod in filio faciunt tres mancipationes, hoc facit una mancipatio in nepote (*Gaius, 1 Com. 135*).

Qui autem ex filia tua nascitur, in potestate tua non est, sed patris ejus (*V. Gaium L. 196, § 1, de V. S.*)

Des Noces (justæ Nuptiæ).

Nuptiæ autem, sive matrimonium (2), est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens (§ 1, *J. de patr. pot. Cf. Modest. L. 1, de rit. nup.*).

(1) Faut-il considérer l'époque de la conception ou celle de la naissance? Pour répondre à cette question il faut rapprocher les principes posés dans les §§ 89 à 94 de Gaius cités ci-dessus (pag. 7 et 8), de la *L. 2 de stat. hom.* et de la *L. 2 C. de nat. lib.*

(2) Ce n'est qu'après que tous les Etrangers eurent reçu la qualité de Citoyens romains que le mot *matrimonium* est devenu synonyme de *justæ nuptiæ* ou de *justum matrimonium*.

*Conditions requises pour la validité des Noces (1).**1^o Droit de cité romains.*

Connubium habent cives romani cum civibus romanis; cum latinis autem et peregrinis, si ita concessum sit (*Ulp. 5, frag. 4, Cf. sup. pag. 4.*)

2^o Puberté.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias (§ 1, *J. de nupt. V. 6*-après p. 61 n^o 2).

Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos (*Pompon. L. 4, ff. de rit. nup.*).

3^o Qu'aucun des deux contractans ne soit déjà engagé dans les liens du mariage (2).

Neminem, qui sub ditione sit romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet (*Dioclet. et Maxim. L. 2, C. de incest. et inutil. nupt.*).

Reas adulterii factas, nec ante damnationem, vivente marito, uxores duci posse (*Modest. L. 26, ff. de rit. nupt.*).

Matrimonii causa ancilla manumissa, a nullo alio uxor duci potest quam a quo manumissa est; nisi patronus matrimonio ejus renuntiaverit (*Lic. Ruf. L. 51, eod.*).

Liberta eademque uxor tua, si a te invito discessit,

(1) Nous avons omis quelques conditions qui ont été requises seulement, soit dans les premiers temps de Rome, soit depuis la translation du siège de l'Empire à Constantinople, pour nous attacher spécialement au Droit qui existait du temps des jurisconsultes romains.

(2) Il suffit quelquefois d'un mariage projeté ou d'un mariage dissous.

connubium cum alio non habeat, si modo uxorem eam habere velis (*Alexand. L. 1, C. de incest. nupt.*).

4° *Qu'il n'existe point d'empêchemens relatifs.*

Non omnes nobis uxores ducere licet : nam a quarundum nuptiis abstinere debemus (Gaius, 1 Com. 58).

a. Parenté.

Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est : uelut inter patrem et filiam, uel matrem et filium, uel auum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias* *atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. et hæc adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumue loco sibi esse coeperint : non possint inter se matrimonio coniungi : in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. itaque eam, quae nobis adoptione filiae aut neptis loco esse coeperit, non poterimus uxorem ducere, quamvis eam emancipauerimus (id. ibid. 59).*

— 60. Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione junguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. § 61. Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, siue alterutro eorum. sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere : cum uero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere. set *et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis (Gaius, 1 Com.).*

Fratris filiam uxorem ducere licet. idque primum in usum uenit, cum diuus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset. Sororis uero filiam uxorem du-

cere non licet; et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet (*Gaius*, I *ibid.* 62).

Adoptivus filius, si emancipetur, eam quæ patris adoptivi uxor fuit, ducere non potest: quia *novercæ* locum habet. § 1. Item si quis filium adoptaverit, uxorem ejusdem, quæ *nurus* loco est, ne quidem post emancipationem filii, ducere poterit: quoniam aliquando *nurus* ei fuit (*Paul. L. 14, ff. de ritu nupt.*).

Per adoptionem quæsitæ *fraternitas* eousque impedit nuptias, donec manet adoptio. Ideoque eam, quam pater meus adoptavit, et emancipavit, potero uxorem ducere: æque et si, me emancipato, illam in potestatem retinuerit, poterimus jungi matrimonio. § 1. Itaque volenti generum adoptare suadetur ut filiam emanciparet: similiter suadetur ei, qui *nurum* velit adoptare, ut emancipet filium (*Gaius, L. 17, ff. eod.*).

Adoptivæ sororis filium possum uxorem ducere: *cognata* enim mea non est filia ejus, quia avunculus nemo fit per adoptionem; et eæ demum cognationes contrahuntur in adoptionibus, quæ legitimæ essent, id est, quæ agnatorum jus haberent. Pari ratione et sororem patris mei adoptivi possum ducere, si non fuit eodem patre nata (*Ulpian. L. 12, § 4, ff. eod.*).

Et nihil interest, ex justis nuptiis cognatio descendat, an vero non: nam et vulgo quæsitam sororem quis veta-
tur uxorem ducere (*Scævola. L. 54, ff. eod.*).

Serviles quoque *cognationes* (in) hoc jure observandæ sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem. Tantumdem juris est, et in sorore, et sororis filia. Idem è contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint: etsi dubitetur, patrem eum esse. Unde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere: quoniam *in contrahendis*

matrimoniiis naturale jus, et pudor inspiciendus est; contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere (Paul. L. 14, § 2, de rit. nupt.).

b. *Affinité.*

Item eam, quæ nobis quondam socrus, aut nurus, aut priuigna, aut nouerca fuit; ideo autem diximus quondam, quia si adhuc constant eæ nuptiæ per quas talis adfinitas quæsitæ est, alia ratione inter nos nuptiæ esse non possunt, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere (*Gaius, 1 Com. 63*)

Hos itaque inter se, quod affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est (*Modestin. L. 4, § 7, ff. de gradib. et adfinib.*).

Etsi licitum veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis, ducere fratris uxorem, licitum etiam, post mortem mulieris aut divortium, contrahere cum ejusdem sorore conjugium; abstineant hujusmodi nuptiis universi, nec æstiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit qui nascuntur (*Constantin. et Const., L. C2. Th., de incest nupt., 355*).

Tanquam incestum commiserit, habeatur, qui post prioris conjugis amissionem sororem ejus in matrimonium proprium crediderit sorciendam; pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani ejus nuptias crediderit aspirandum (*Honor. et Theod., L. 4, eod.; V. L. 5, C. eod.*).

Inter privignos contrahi nuptiæ possunt, etsi fratrem communem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant (*Papinian. L. 34, § 2, ff. de ritu nuptiar.*).

Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti, ut eam, quæ in contubernio patris fuit, quasi novercam, non possim ducere: et contra, eam, quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non

ducere; æque nec matrem ejus, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum : cum enim cognatio servilis intelligitur, quare non et adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius et modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere (*Paul. L. 14, § 3, ff. de ritu nuptiar.*).

c. *Rapports analogues à la parenté ou à l'affinité.*

Liberi concubinas parentum suorum (uxores) ducere non possunt : quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui contra hoc fecerint, crimen stupri committunt (*Alexand. L. 4, C. de nupt.*).

Patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut neptem ex filio, uxorem ducere non possum : scilicet, si in familia ejus sim. Alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias : scilicet, quia post emancipationem extraneus intelligor (*Gaius, L. 55, § 1, ff. de rit. nupt. V. ci-dessus, p. 56, les suite de la parenté adoptive*).

1. Inter me et sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quamquam *noverca* mea non proprie dicatur. 2. Sed et per contrarium, sponsa mea patri meo nubere non poterit : quamvis *nurus* non proprie dicatur (*Ulpian., L. 21, ff. eod.*).

Mulier liberto viri ac patroni sui mala ratione conjungitur (*Papinin., L. 62, § 1, ff. eod.*).

Libertum, qui patronam, seu patroni filiam, vel conjugem, vel neptem, vel proneptem, uxorem ducere ausus est, apud competentem judicem accusare poteris, moribus temporum meorum congruentem sententiam daturum, quæ hujusmodi conjunctiones odiosas esse merito duxerunt (*Sever. et Anton. L. 3, C. de nupt.*)

d. *Pouvoir dont on pourrait abuser pour arracher à la femme son consentement.*

Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam

suam intra vigesimum et sextum annum, non desponsam a patre, nec testamento destinata, ducat uxorem, vel eam filio suo jungat : quo facto uterque infamatur, et pro dignitate pupillæ extra ordinem coercetur. Non interest, filius sui juris, an in patris potestate sit (*Paul. L. 66, de rit. nupt. ; Cf. L. 36 et 37, eod.*).

Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur : ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arrhis tantummodo redditis quas acceperat (*Idem, L. 38, eod.*).

Præfectus cohortis, vel equitum, aut Tribunus, contra Interdictum, ejus provinciæ duxit uxorem, in qua officium gerebat : matrimonium non erit. Quæ species pupillæ comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit. Sed an huic quoque, si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest? Exemplo tamen pupillæ nuptæ tutori, quod relictum est, potest mulier consequi : pecuniam tamen in dotem datam, mulieris heredi restitui necesse est (*Papinian., L. 63, ff. eod.*).

Qui in provincia officium aliquod gerit, prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti (*Martian. L. 57, ff. eod.*).

e. *Inégalité des conditions.*

1. Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem, liberique eorum : libertinas, et quæ ipsæ quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quæstum facientem. 2. Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam, et quæ artem ludicram fecerit (*Ulp. 13, Frag. ; Cf. Ulp. L. 43, de rit. nupt.*).

Lege Papia cavetur, *omnibus ingenuis, præter senatores eorumque liberos, libertinam uxorem habere licere* (*Celsus, L. 23, ff. de ritu nupt.*) (1).

4^o Que les contractans soient autorisés à se marier par les personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent.

Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt..... dum tamen, si filii familias sint, et consensum habeant parentum quorum in potestate sunt (*V. Paul. L. 2, de rit. nupt.*) Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit (*pr. J. de nupt.*)

Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio qua permissum est, ad exemplum filiæ furiosi, posse et sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum (*J. ibid. Cf. L. 25, C. eod.*).

Filius familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit (*Papinian. L. 35, ff. de ritu nupt.*).

Capite trigesimo quinto Legis Juliæ : Qui liberos, quos habent in potestate, injuria *prohibuerint* ducere uxores, vel nubere (vel qui dotem dare non volunt : ex Constitutione Divorum Severi et Antonini), per proconsules, præsidisque provinciarum *coguntur* in matrimonium collocare, et dotare. *Prohibere* autem videtur et qui conditionem non quærit (*Marcian. L. 19, eod.*).

(1) Les principaux changemens qui ont été introduits relativement au mariage depuis Alexandre Sévère, consistent en ce que ; 1^o l'incapacité de contracter mariage, qui frappait les vestales sous l'empire de la religion païenne, a été appliquée à certaines personnes spécialement vouées au culte de la religion chrétienne ; 2^o cette dernière religion a produit un nouvel empêchement *relatif*, savoir entre le parrain et la filleule ; 3^o le mariage a été défendu entre le ravisseur et la femme qui a été l'objet de son attentat et entre les chrétiens et les juifs.

Is, cujus pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest. (*Ulpian, L. 9, § 1, eod.*)

Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest : quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset : nam utique nec dissentire... (*Tryph. L. 12, § de capt.*).

Si ita pater absit, ut ignoretur, ubi sit, et an sit : quid faciendum est, merito dubitatur ? Et si triennium effluerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi (ejus) utriusque sexus, matrimonium vel nuptias legitimas contrahere (*Par. L. 10, ff. de ritu nupt.*).

5° Que le consentement des deux parties soit régulièrement exprimé (1).

Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant (2)..... qui coeunt (*Paul. L. 2, de rit. nupt.*).

Nuptias non concubitus sed consensus facit (*Ulp. L. 30, de R. J.*).

Vir absens uxorem ducere potest, fœmina absens nubere non potest (*Paul. 2 Sent. 19, § 3*).

(1) Il est fort douteux que la validité des noces ait jamais dépendu de l'accomplissement de certaines solennités. Il y a tout lieu de croire que les rites désignés sous les noms de *confurreatio*, *coemptio*, et *usus* n'étaient point nécessaires pour qu'il eût mariage, mais seulement pour que la femme tombât *in manu mariti* (voyez *inf. SECTION II*). Il y aurait peut-être plus de doute à l'égard de l'*inductio mulieris in domum mariti*. — Quant aux *actes écrits (instrumenta dotalia)*, avant les Nouvelles de Justinien, ils ne furent exigés que pour la légitimation des enfans par mariage subséquent.

(2) Dans la *L. 39 de jur. dot.*, le mariage n'est-il annulé que pour vice de consentement de la part de la femme qui ignorait l'état de son mari, ou bien cet état est-il un empêchement absolu au mariage ?

.... Cinna scribit : eum qui absentem accepit uxorem, deinde a cœna juxta Tiberim periisset, ab uxore lugendum, responsum est (*Ulp. L. 6, de rit. nupt.*).

Si, vicinis vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est : quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes, factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem (*Probus, L. 9, C. de nuptiis; Cf. L. 12, C. eod.*).

.... non enim dotibus, sed adfectu, matrimonia constringuntur (*Justin. L. 11, C. de repud. et judic. de morib.*).

.... multæ quidem et continuæ lites nunciatæ nostræ Majestati, ad opus nos deduxerunt hujus legis. Quia enim et antiquis promulgatum est legibus, et a nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extra dotalia documenta ex solo affectu valeant et ratæ sint : sed falsatis contractibus nostra ex hoc est completa Republica : (nam introeuntes testes sine periculo mentientes, quia vir vocabat Dominam cohærentem, et ista illum similiter nominabat : et sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta) hoc existimavimus oportere secundum naturales definire leges....

— 1. In majoribus itaque dignitatibus, et quæcumque usque ad nos et Senatores et magnificentissimos Illustres, neque fieri hæc omnino patimur : sed sit omnino et dos, et antenuptialis donatio : et ad omnia quæ honestiora decet nomina. — Quantum vero in militiis honestioribus, et negotiis, et omnino professionibus dignioribus est : si voluerit legitime uxori copulari, et non facere nuptialia documenta : non sic quomodocumque et sine cautela effuse, et sine probatione hoc agat, sed veniat ad quamdam orationis domum, et fateatur sanctissimæ illius Ecclesiæ defensori : ille autem adhibens tres aut quatuor exinde reverendissimorum Clericorum, attestationem conficiat declarantem, quia sub illa indictione, illo mense, illa die mensis, illo imperii nostri anno, consule illo, venerunt apud eum in illam orationis domum ille et illa, et conjuncti sunt alterutri : et hujusmodi protestationem, si quidem accipere volunt, aut ambo convenientes, aut alteruter eorum,

et hoc agant, et subscribant ei, et sanctissimæ Ecclesiæ defensor, et reliqui tres, aut quoscumque voluerint: non tamen minus trium, litteris hoc significantibus. § 2. Si vero etiam hoc illi non egerint: ille tamen talem reponat chartam venerabilis illius Ecclesiæ Defensor in ejusdem sanctissimæ Ecclesiæ archivis (hoc est, ubi venerabilia vasa servantur) prædictas subscriptiones habentem: ut reconditum sit omnibus ex hoc munimen, et non aliter videatur nuptiali affectu eosdem convenisse, nisi tale aliquid agatur, et omnino ex litteris causa testimonium habeat: his ita gestis, et nuptias, et ex eis sobolem esse legitimam. Hæc autem dicimus, ubi non dotis, aut antenuptialis donationis sit documentum: fidem enim in solis testibus suspectam habentes, ad præsentem venimus dispositionem. § 3. Quisquis autem in abjecta degit vita, parvæ quidem substantiæ dominus consistens, in novissima vero vitæ parte jacens, habeat etiam in his licentiam. Sed neque agricolas aut milites armatos, et quos lex Caligatos appellat, (hoc est viliores et obscuriores) perscrutamur, quibus civilium causarum ignorantia est, et solius circa terram operationis, et circa bella concupiscentiæ causa est studiosa et juste laudabilis: sic ut in vilibus personis, et in militibus armatis obscuris et agricolis, licentia sit eis et ex non scripto convenire, et matrimonia celebrare inter alterutros: sint que filii legitimi, qui patrum mediocritatem, aut militares, vel rusticas occupationes et ignorantias adjuvent. (Nov. 74, c. 4; Cf. Nov. 22, c. 18.)

2° *Par des événemens postérieurs à la naissance, savoir :*

a. *Par Adrogation (1).*

Non solum autem naturales liberi, secundum ea quæ

(1) Il est utile d'expliquer ici, en même temps que l'*Adrogation*, un autre événement qu'on appelle l'*Adoption*; ces deux Événemens, que l'on réunit sous le titre générique d'*Adoption*, ont cela de commun que l'un et l'autre sont des manières d'acquérir la puissance paternelle; mais l'*Adrogation* s'applique à des pères de famille, auxquels elle faisait subir le *petit changement d'état* (*minima capitis diminutio*); tandis que l'*Adoption* proprement dite s'applique à des Fils de famille,

diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam hi quos adoptamus. (*Gaius*, 1 *Com.* 97; *Cf. Ulp.* 8, *frag.* 2).

.... Adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur : quarum altera *Adoptio* similiter dicitur; altera *Adrogatio*. Adoptantur filii familias : adrogantur qui sui juris sunt (*Modestin.* L. 1, § 1, ff. de *adoptionib.*).

Formes particulières de l'Adrogation.

Populi auctoritate adoptamus eos qui sui juris sunt : quæ species Adoptionis dicitur Adrogatio, quia (1) et is qui adoptat, rogatur, id est interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse; et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur; et Populus rogatur an id fieri jubeat.... (*Gaius*, 1 *Com.* 99).

Adoptio... fit... principali rescripto (2)... (§ 1, *J. de Adopt.*)

qu'elle faisait simplement passer de la puissance d'un Père de famille sous la puissance d'un autre.

(1)..... sed arrogationes non temere nec inexplorate committuntur. Nam comitia arbitris etiam pontificibus præbentur, quæ *curiata* appellantur : ætasque ejus, qui arrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque ejus qui arrogatur, ne insidiosè appetita sint, consideratur : jusquejurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur quod in arrogando juraretur. Sed arrogari non potest nisi jam vesticeps. Arrogatio autem dicta ; quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit : Ejus rogationis verba hæc sunt : VELITIS. JUBEATIS. QUIRITES. UTI. LUCIUS. VALERIUS. LUCIO. TITIO. TAM. JURE. LEGE. Q. FILIUS. SIBI SIET. QUAM. SI. EX. EO. PATRE. MATRE. Q. FAMILIAS. EJUS. NATUS. ESSET. UTI Q. RJ. VITÆ. NECIS. Q. IN. EO. POTESTAS. SIET. UTI. PATRI. ENDO. FILIO. EST. HÆC. UTI. DIXI. ITA. VOS. QUIRITES. ROGO. (*Aulu. Gell.* N. A. V. 19.)

(2) A quelle époque l'Adrogation, au lieu de se faire dans les comices, commença-t-elle à s'opérer par rescript du prince ? On pourrait croire que ce fut aussitôt que le pouvoir législatif passa aux Empereurs. Cependant nous lisons encore dans Gaius et dans Ulpien que l'Adrogation a lieu *populi auctoritate*.

Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, *causa cognita* adrogatio permittitur, et exquiritur causa adrogationis an honesta sit expediatque pupillo; et cum quibusdam conditionibus adrogatio fit (*V. Gaium, 1 Com. 102; Ulp. 8 frag. 5*): ut caveat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent (*V. Marcel. L. 18, ff. de adopt.*); item non aliter emancipare eos potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc bona sua eis reddat; sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur *quartam partem* bonorum suorum ei relinquere, videlicet præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei postea adquisivit (§ 3, *J. de adopt.*; *Cf. Ulp. L. 22, ff. eod., et Max. L. 2, C. eod. 286*).

Quod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, ante tenuerat, sub divo Claudio recte mutatum est (*Modestin. L. 8, ff. eod.*).

Formes de l'adoption proprement dite.

.... imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius et filia; sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis (*Gaius, ibid. 99*).

Gaium et Lucium adoptavit domi per assem et libram emptos a patre Agrippa (*Sueton. in Aug., c. 64; Cf. Ulp. 8, frag. 3*).

Adoptantur autem, cum a parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est, vindicantur (*Aul. Gell. v. 19*).

— 134..... ac intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent cum ita eum pater de potestate di-

mittit, ut sui juris efficiatur; deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat vindicat apud prætorem filium suum esse, et, illo contra non vindicante, a prætore vindicanti filius addicitur; aut jure mancipatur patri.... mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit; et aut remancipantur parenti, aut jure mancipantur. Eadem et in provinciis apud præsides provinciarum solent fieri (*Gaius, 1 Com.*).

Si pater naturalis loqui quidem non possit, alio tamen modo quàm sermone, manifestum facere possit, velle se filium suum in adoptionem dare, perinde confirmatur adoptio, ac si jure facta esset (*Callist. L. 29, de adopt.*).

Veteres circuitus in adoptionibus, quæ, per tres emancipationes et duas manumissiones in filiis, aut per unam emancipationem in cæteris liberis, fieri solebant, corrigentes, sive tollentes, censemur licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum, hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem Judicem manifestare, præsentem eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat (*Justinian. L. 11, C. de adoptionib.*).

Règles déclarées communes à l'une et l'autre adoption.

.... illa quæstio, an minor natu majorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis communis est (*Gaius, ib. 106*).

Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, major esse debet eo quem sibi per adrogationem vel per adoptionem filium facit: et utique plenæ pubertatis, id est, decem et octo annis, (eum) præcedere debet (*Modestin. L. 40, § 1, ff. eod.*).

Illud vero utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones,

adoptare possunt. (*Gaius*, 1 *Com.* 103) Idem juris est in persona cœlibe. (*Ulp.* 8, *frag.* 6) — Castrati autem non possunt (*J.* § 9, *eod.*).

Feminæ vero nullo modo adoptare possunt (1), quia ne quidem naturales liberos in potestate habent (*Gaius* 1 *Com.* 104).

Neque adoptare, neque adrogare quis absens, nec per alium ejusmodi solennitatem peragere, potest (*Ulpian.* *L.* 25, § 1, ff. *de adoptionib.*).

Autres règles qui paraissent être communes, quoique non déclarées telles.

Licet et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat (§ 5, *J. de adop.*).

Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii (*J.* § 6, *eod.*).

Si is, qui filium haberet, in nepotis locum adoptasset, perinde atque si ex (eo) filius natus esset, et (is) filius auctor factus non esset : mortuo avo, non esse nepotem in potestate filii (*Ulp.* *L.* 11, *eod.*).

Non debet quis plures adrogare, nisi ex justa causa (*Ulp.* *L.* 25, *eod.*).

In adrogationibus cognitio vertitur, num fortè minor sexaginta annis sit qui adrogat : quia magis liberorum creationi studere debeat ; nisi fortè morbus aut valetudo in causa sit, aut alia justa causa adrogandi : veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare (*Ulp.* *L.* 15, § 2 *de adop.*).

Neque absens, neque dissentiens adrogari potest (*Idem*, *L.* 24 *eod.*).

Etiam cæcus adoptare vel adoptari potest (*Ulp.* *L.* 19, *de adop.*).

(1) Voyez ci-après, pag. 70, de l'Adrogation imparfaite.

Différences entre l'une et l'autre adoption, et règles qui ne paraissent applicables qu'à l'une d'elles.

Et quidem illa adoptio quæ per populum fit, nusquam nisi Romæ fit (1) : at hæc (*quæ fit imperio magistratus*) etiam in provinciis aput præsides earum fieri solet (*Gaius*, 1 *Com.* 100).

Item per populum feminæ non adoptantur (2), nam id magis placuit. Aput prætorem vero, vel in provinciis aput proconsulem legatumve, etiam feminæ solent adoptari (*ibid.* 101).

Etiam infantem in adoptionem dare possumus (*Modest. L. 42, ff. eod.*).

Item impuberem aput populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est : nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permittitur. Aput prætorem vero, et in provinciis aput proconsulem legatumve, cujuscunque ætatis *homines* adoptare possumus (*Gaius, ibid.* 102).

Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam, vel curam alicujus administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur : ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat (*Ulp. L. 17, ff. eod.*).

Imperator Titus Antoninus rescripsit, privignum suum tutori adoptare permittendum (*Papinian. L. 32, ff. eod.*).

Sed nec (*debet quis adoptare*) libertum alienum (*Ulp. L. 15, § 3 eod.*).

In servitute mea quæsitus mihi filius, in potestatem meam redigi beneficio principis potest : libertinum tamen

(1) Règle abrogée, sans doute, depuis que l'Adrogation s'est faite *principali rescripto*.

(2) Cette règle n'a-t-elle pas dû cesser à la même époque?

eum manere non dubitatur (*Ulpian. L. 46, de adopt. ; cui derog. Nov. 74, c. 3*).

Cùm eum, quem arrogaveris, libertum tuum esse profiteris, nec ullam idoneam causam precibus addideris, id est, quod liberos non habeas : intelligis juris auctoritatem desiderio tuo refragari (*Diocl. et Max. L. 43, C. de adopt.*).

Inviti filii naturales (1), vel emancipati, non rediguntur in patriam potestatem (*Modest. L. 11, ff. de his qui sui*).

In adoptionibus, eorum duntaxat qui suæ potestatis sunt, voluntas exploratur : sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo (*Cels. L. 5, ff. de adoptionib.*).

Effets communs aux deux adoptions.

Item si quis per populum, sive aput prætorem vel aput præsidem provinciæ, adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare (*Gaius, 1 Com. 105*).

Eum, quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare (*Paul. L. 37, § 1, ff. eod.*).

Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur, (et) cognatus fit : quibus vero non adgnascitur, nec cognatus fit : adoptio enim, non jus sanguinis, sed jus adgnationis adfert ; et ideo si filium adoptaverim, uxor mea illi matri loco non est : neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit ; item nec mater mea aviæ loco illi est : quoniam his qui extra familiam meam sunt non adgnascitur ; sed filiæ meæ is quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia : nuptiis tamen etiam eorum prohibitis (*Paul. L. 23, ff. eod.*).

(1) L'adoption des enfans naturels a été défendue par Justin. (*Voyez ci-après, pag. 71, l'extrait de la Nov. 74*).

Quem filius meus emancipatus adoptaverit, is nepos meus non erit (*Julian. L. 26, ff. eod.*).

Effets propres à l'une des deux adoptions.

Si paterfamilias adoptatus sit : omnia, quæ ejus fuerunt, et adquiri possunt, tacito jure ad eum transeunt qui adoptavit; hoc amplius, liberi ejus, qui in potestate sunt, eum sequuntur : sed et hi, qui postliminio redeunt, vel qui in utero fuerunt cum adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur (*Ulpian. L. 15, ff. de adoptionib.*).

Sic enim divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset : ut protinus adoptione facta incipiat esse Germanicus nepos Augusti (§ 11, *J. de adopt.*)

De l'Adoption imparfaite.

Mulierem quidem, quæ nec suos filios habet in potestate, arrogare non posse, certum est. Verum, quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum, privignum tuum cupis vicem legitimæ sobolis obtinere : annuimus votis tuis, secundum ea quæ annotavimus : et eum perinde atque ex te progenitum, ac vicem naturalis legitimique filii habere permittimus. (*Dioclet. et Maxim. L. 5; C. de adopt.*)

Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis, fuerit emancipatus etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem : hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate hujusmodi patris adoptivi sit (*J. § 2 cod.*).

b. *Par la Causæ probatio* (1).

(Voyez ci-dessus les § 65, 66, 67, 68, 71, 72 et 73 de Gaius, à la Section : *Comment on acquiert la qualité de citoyen romain.*)

c. *Par la Légitimation* (2).

PR.

Et nos non latuit, quia etiam adoptionis modus erat antiquitus ab aliquibus ante nos Imperatoribus super naturales ad legitimos transferendos non improbabilis existimatus : sed æque piæ memoriæ noster Pater, et constitutio ab illo prolata, talia reprehendit. Manere ergo et illam in suis terminis volumus : quoniam castitatem diligenter consideravit : et incompetens est, quæ bene exclusæ sunt, rursus ad Rempublicam revocare (Novell. 74, c. 3; Cf. Novell. 89, c. 7 et 11).

Des divers modes de Légitimation.

1. *Oblation à la Curie* (3).

Primus itaque modus est legitimi juris existens civitatibus mox utilis, quem Theodosius piæ et novæ introduxit memoriæ. Sanctum namque est ab eo, ut possit naturales filios, aut omnes, aut aliquos offerre curiis, aut filias curialibus copulare... (Novell. 89, c. 2).

Si quis (naturalem duntaxat fœcunditatem sortiatur), seu liber ipse, seu Curia sit nexibus obligatus, et tradendi filios natu-

(1) La *Causæ probatio* étant en même temps une manière d'acquérir la qualité de citoyen romain, a été expliquée ci-dessus, pag. 16 et 17.

(2) Par rapport à la *puissance paternelle*, c'est-à-dire sous le point de vue de la question que nous traitons ici, savoir : *Comment on devient fils de famille*, la *Légitimation* n'est qu'une modification des règles de l'ancien Droit qui permettait l'*Adoption* des enfans naturels. La *Causæ probatio* était aussi une sorte de *Légitimation*.

(3) Cf. *Plin.* x, *epist.* 114; *L.* 17. *L.* 50. *L.* 55. *L.* 64. *C. de decurion.* ; *L. unic. C. si curialis civit. relicet.*, et *Novell.* 89, c. 3.

rales, vel omnes, vel quos, quemve maluerit, ejus civitatis Curiae unde ipse oritur, et in solidum heredes scribendi liberam ei concedimus facultatem (*Theod. et Valent. L. 3, C. de natur. liber. Cf. Leo et Anthem., L. 4 eod.*).

Et quoniam omni modo favendum est Curiis civitatum : illud etiam in hanc partem addendum esse censemus, ut liceat patribus naturales filios Curiae patriae suae tradere, non solum nulla eis legitima sobole existente, sed etiam si filios, vel alios liberos ex legitimis matrimoniis procreatos habeant, et eo modo naturales quoque filios sibi legitimos successores efficere : ita tamen, ut minime eisdem patribus liceat per donationem, vel ultimam voluntatem amplius (eidem) filio naturali dare, vel relinquere, quam uni filio ex legitimo matrimonio procreato dederit, vel reliquerit, cui minima portio data, vel relicta sit (*Justin. L. 9, § 3, C. de nat. lib. Cf. Novell. 89, c. 11*).

2. Mariage subséquent.

Divi Constantini (qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit Imperium) super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quinetiam ex iisdem vel ante matrimonium, vel postea progenitis, suis ac legitimis habendis, sacratissimam Constitutionem renovantes, jubemus eos, qui ante hanc legem, ingenuarum mulierum nuptiis minime intercedentibus, electo contubernio, cujuslibet sexus filios procreaverint : quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex justo matrimonio legitima proles suscepta : si voluerint eas uxores ducere, quæ antea fuerant concubinæ : tam conjugium legitimum cum hujusmodi mulieribus ingenuis (ut dictum est) posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox postquam nuptiæ cum matribus eorum fuerint celebratæ, suos patri, et in potestate fieri : et cum his qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos (si nullus alius deinde nascatur) tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere, quam ab intestato petere hereditatem paternam..... Hi vero, qui tempore hujus sacratissimæ jussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint mi-

nime hujus legis beneficio perfruantur : cum liceat easdem mulieres sibi prius jure matrimonii copulare..... (*Zeno, L. 5, C. de natural. liber. 476; Cf. Anast. L. 6, C. eod.*).

Legem Anastasii divinæ recordationis, quæ super naturalibus filiis emissæ est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque subsecuti sunt, pro ejusdem legis tenore in matrimoniis tunc constantibus, vel postea contractis : ita tamen, ut non aliunde progenitis subvenisse credatur, quam non ex nefario, nec incesto conjugio..... In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendam, ac si prædicta constitutio lata non esset (*Justin., L. 7, C. eod. 519*).

..... is qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit (§ 13 *J. de nupt., et Cf. Justinian. L. 11, C. de natur. liber. 530; Cf. L. 10, eod.*).

Quod jus locum habet, et si, ante hoc consortium, legitimorum pater sit, ex alia conjuge, a qua separatus sit legitime, vel ea mortua (*Auth. ex Novell. 12, c. 4*).

... si cui etiam ex serviente muliere procreentur filii, et voluerit ille postea mulierem manumittere et dotalia conficere documenta, mox cum ipsa dotis inscriptione et filiis competet libertatis simul et suorum jus (*Nov. 78, c. 4*).

Sed nova Constitutio non permittit hoc in ancilla, nisi ei qui sine legitimis filiis reperitur (*Auth. ex Novell. 18, c. ult.*).

Nova alia Constitutio hoc generaliter inducere videtur, et in his qui ex ancilla sunt, ut, ex ipsa dotis inscriptione, simul et libertas tribuatur et jus suorum (*Auth. ex Novell. 78, c. 3*).

3. Rescript du prince.

Si quis non habens filios legitimos, naturales autem tantummodo, ipsos quidem suos facere voluerit; mulierem vero non habet penitus, aut quæ non sine delicto sit, aut quæ non appareat, habet

autem secundum quandam legem ad matrimonium præpeditam... sit licentia patri matrem in priori statu relinquenti..... offere impetratori precem hoc ipsum dicentem quia vult naturales suos filios restituere legitimorum juri, ut sub potestate ejus consistent, et hoc facto exinde filios frui tali solatio (Novell. 74, c. 1 et 2, 538; Cf. Novell. 89, c. 9, § 1).

De la légitimation qui s'opérait par Testament (1).

Si vero is, qui solummodo naturalium filiorum est pater, per quosdam fortuitos casus non voluerit hoc agere, moriens autem sub quodam prædictorum casuum scripserit testamentum, volens sibi legitimos esse filios successores : et in hoc damus ei licentiam et fiduciam, supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, et hoc dicentibus, et ostendentibus, patris testamentum, et heredibus existentibus secundum legem : hoc quoque donum habeant patris et principis, id est dicere, naturæ simul et legis (Nov. 89, c. 10).

Règles communes aux diverses espèces de légitimation.

... eos qui semel ex odibilibus nobis, et propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis ulla clementia est : sed sit supplicium etiam hoc patrum, ut agnoscant quia neque quicumque peccatricis concupiscentiæ eorum habebunt filii (Novell. 74, c. 6).

Generaliter autem in omnibus, qui per prædictos modos deducuntur ad legitimum jus, tunc hoc volumus obtinere dum et filii hoc ratum habuerint. Nam si solvere jus patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem, sive per oblationem ad curiam, sive per instrumentorum celebrationem, sive per aliam quamlibet machi-

(1) Il est évident que ce dernier mode de Légitimation ne peut être un moyen de faire passer l'enfant naturel dans la classe des fils de famille; semblable à l'Adoption imparfaite (Voyez Sup. pag. 67), la Légitimation dans ce cas ne produit d'effet que par rapport aux successions; mais nous avons cru ne devoir pas tronquer l'exposition de cette institution.

nationem, tanquam sortem metuentem paternam, justum non est: neque imperii et legislatoris ponimus proprium (*Novell. 89, c. 11*).

d. *Par rescision de l'émancipation pour cause d'ingratitude envers le père émancipateur.*

Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reverti non potest, nisi adoptione (*Ulp. L. 12, ff. de adop.*).

Filios (et filias cœterosque liberos) contumaces, qui parentes vel acerbitate convicii, vel cujuscumque atrocis injuriæ dolore pulsassent, leges, emancipatione rescissa, damno libertatis immeritæ mulctari voluerunt (*Valent. Valens et Grat. L. unic. C. de ingrat. liber.*).

e. *En tombant in manu d'un fils de famille.*

Nurus quæ in filii manu est, (*patri*) neptis loco est (*Gaius, 2 Com. 159 ; Cf. Coll. leg. M. et R. 162, et Ulp. 22 frag. 14*).

§ 2. *Comment on cesse d'être fils de famille.*

1° *En perdant la qualité de citoyen romain* (Voyez ci-dessus, pag. 29).

2° *En devenant père de famille* (Voyez ci-dessus, pag. 49).

3° *En tombant in manu ou in mancipio* (Voyez ci-après, pag. 76 et 81).

.... potestate parentis liberantur; nec interest an in viri sui manu sint aut extranei; quamvis hæ solæ loco filiarum habeantur quæ in viri manu sunt (*Gaius, 1 Com. 136*).

SECTION II.

MANUS (1).

ART. I. COMMENT ON ÉTAIT IN MANU.

— 108. *Nunc de his personis videamus quæ in manu nostra sunt : quod et ipsum jus proprium civium romanorum est.* — 109. *Sed in potestate quidem et masculi et feminæ esse solent : in manum autem feminæ tantum conveniunt (Gaius, 1 Com.)*

— 110. *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant : usu, farreo, coemptione.* — 111. *Usu in manum conveniebat, quæ anno continuo nupta perseve-*

(1) L'institution de la *manus* n'existait plus au temps de Justinien; aussi les compilateurs du Digeste et des Institutes ont-ils eu soin d'effacer dans les passages qu'ils extrayaient des anciens jurisconsultes, tout ce qui avait rapport à cette institution. Mais comment et à quelle époque a-t-elle été abolie? C'est ce qu'il nous serait difficile de dire. M. Hugo croit que déjà à l'époque de Cicéron la plupart des mariages se faisaient de manière que la femme ne tombait pas *in manu*, et il présume que l'usurpation n'était plus nécessaire pour empêcher l'*usucaption* de la femme qui s'était mariée sans *confarreatio* ni *coemptio*. Une loi ayant aboli, sous le règne de Claude, la tutelle des agnats sur les femmes pubères, la *coemptio tutelæ evitandæ causa* dut cesser; et cependant Gaius semble en parler comme d'une chose qui se pratiquait encore de son temps. Quant à la *coemptio testamenti faciendi gratia*, Gaius lui-même nous apprend que sous Adrien un sénatus-consulte la rendit inutile. Il nous apprend aussi que la *conventio in manum per usum* était tout-à-fait abolie; tandis qu'il explique la *coemptio cum marito*, et la *confarreatio*, comme des institutions en pleine vigueur; cependant nous apprenons par Tacite que déjà du temps de Tibère il fut difficile de trouver trois candidats pour certaines fonctions relatives au culte, attendu qu'ils devaient être nés de parens mariés par *confarreation*, et suivant M. Hugo, la *coemptio* devait aussi être déjà fort rare à l'époque d'Alexandre Sévère : il s'étonne que les jurisconsultes de cette époque se soient encore autant occupés de cette institution.

rabat : nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, *ut quot annis trinotio abesset*, atque *ita usum* cujusque anni interromperet; sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est. — 112. Farreo in manum conveniunt *per* quoddam genus sacrificii, *quo uti farreo debent, id est*, quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur; *sed* complura præterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus, aguntur et fiunt: quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam flamines majores, id est, diales, martiales, quirinales.... sacrorum nisi... confarreatio... — 113. *Coemptione* in manum conveniunt per mancipationem(1), *id est*, per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus, civibus romanis puberibus, item libripende, præter mulierem eumque cujus in manum convenit (*Gaius, 1 Com.*).

Coemptio certis solemnitatibus peragebatur et se in
coemendo invicem interrogabant : vir ita : an sibi mulier
materfamilias esse vellet ? illa respondebat : velle ; item mu-
lier interrogabat , an vir sibi paterfamilias esse vellet ? ille
respondebat velle . Itaque mulier in viri conveniebat ma-
num , et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem ; et erat
mulier materfamilias , viro loco filiæ (*Boeth. in Top. Cic.*).

114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo (2): quare

(1) Il semblerait devoir résulter de là que ce n'était pas la *manus*, mais le *mancipium* qui était l'effet de la *coemptio*, ou du moins qu'on n'arrivait *in manu* qu'en passant par le *mancipium* (voyez ci-après, dans le passage d'Aulugelle, ces mots : *in mariti manu mancipioque*).

(2) Gaius ne dit pas, au moins expressément, que, dans ce cas, par la *coemptio* la femme *conveniebat in manum*.

(9) Les 13 fleuves, les 5 fleuves, étaient parmi les pères
de grands fleuves; on nomme 13 pères de
de parents confusés sur les mules ou en es
au, l'homme trouvait de difficulté à
tant ce n'est pas nouveau

aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiducia causa. *Quæ* enim cum marito suo facit coemptionem, ut aput eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem : quæ vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelæ evitandæ causa, dicitur fiduciæ causa fecisse coemptionem.

... matrem autem familias appellatam esse eam so-
lam, quæ in mariti manu mancipioque, aut in ejus, in
cujus maritus, manu mancipioque esset : quoniam non in
matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti
et in sui heredis locum veniret (*Aul. Gell.*, xviii, 6).

— 115. si qua velit quos habet tutores reponere,
ut alium nanciscatur..... coemptionem facit, deinde a
coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo
vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem *a quo*
manumissa est ; qui tutor fiduciarius dicitur, *sicut ex in-*
ferioribus apparebit.

— 115 a. *Olim etiam testamenti faciendi gratia fidu-*
ciaria fiebat coemptio : tunc enim non aliter femine testa-
menti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis,
quam si coemptionem fecissent remancipatæque et manu-
missæ fuissent, sed hanc necessitatem coemptionis facien-
dæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit (Gaius,
1 Com.).

... ingenua, inquit, fuit. O peritum juris hominem !
Quid ? ab ingenuis mulieribus hereditates lege non ve-
niunt ? In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. Sed
quaero usu an coemptione ? Usu non potuit ; nihil enim
potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctori-
tate deminui. Coemptione ? Omnibus ergo auctoribus ; in
quibus certe Flaccum fuisse non dices.... (*Cicero, pro*
Flacco. c. 34).

— 115 b. *fiduciæ causa cum viro fecerit coemptio-*
nem, nihilominus filiae loco incipit esse ; nam si omnino

qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae locum nancisci. (Gaius, 1 Com.). *pour qu'elle puisse n'être pas dans la main de son mari*

..... cum enim hæc quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad cætera perinde habeatur atque si in manum non convenisset.... (Gaius, 1 Com. 136). *pour qu'elle ne soit pas dans la main de son mari*

ART. I. COMMENT ON CESSAIT D'ÊTRE IN MANU.

§ 1. Dans le cas où la femme était in manu mariti (1).

1^o Par tout événement qui dissolvait le mariage.

Dirimitur matrimonium divortio (2), morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum (Paul. L. 1, ff. de divort.).

... captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio est (Tryph. L. 12, § 4, de capt.).

Matrimonium quidem deportatione, vel aquæ et ignis interdictione non solvitur, si casus in quem maritus incidit, non mutet uxoris affectionem (Alexand. L. 1, C. de repud.).

..... nihilo magis potest cogere, quam filia patrem; sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere etiamsi adoptiva sit: hæc autem repudio misso (virum) proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset (3) (Gaius, 1 Com. 137).

(1) Nous supposons ici que la femme pouvait être in manu d'un autre que son mari, quoique cela nous paraisse souffrir beaucoup de difficultés.

(2) Les diverses espèces de divorce et la manière de l'opérer seront expliquées dans le *Traité des engagements de famille*.

(3) Ne faut-il pas conclure de là que la femme qui était in manu mariti pouvait, aussi bien que celle qui était matrona, répudier son mari? Avant la découverte des Commentaires de Gaius, on croyait que le

Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit (*Paul. 4, Sent. 6, § 5*).

Dissentientis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem, divus Marcus pater noster religiosissimus imperator constituit : nisi magna et justa causa interveniente hoc pater fecerit (1). Invitam autem ad maritum redire, nulla juris præcipit constitutio (2). — Eman-

droit de répudiation n'appartenait pas à la première, et l'on se fondait sur ce passage de Plaute :

*Si vir scortum duxit clam uxorem suam,
Id si rescivit uxor, impune est viro :
Uxor vero si clam domo egressa est foras,
Viro fit causa, exigitur matrimonio.
Utinam lex esset eadem !*

Il me semble qu'on pourrait tout au plus induire de ce passage que les causes de divorce n'étaient pas les mêmes pour le mari que pour la femme. Quant au divorce sans cause, rien ne prouve qu'il fût interdit à la femme *in manu* plus qu'à celle qui était restée *sui juris* ou *in patria potestate*.

Mais ce qui est très vraisemblable, c'est que la forme du divorce n'était pas la même dans l'un et l'autre cas, ou du moins qu'il y avait des formes particulières pour les cas où la femme était tombé *in manu* par la *confarreatio* ou par la *coemptio*.

(1) Ce texte prouve qu'antérieurement à la constitution dont parle le jurisconsulte, le père pouvait opérer le divorce de sa fille; c'est ce qui résulte aussi d'un passage d'Ennius, où une femme adresse à son père ces paroles :

*Si improbum esse Chresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam linquere cogis ?*

Mais, sans doute, il n'en était ainsi que lorsque la femme *filiafamilias* au moment de son mariage, n'était pas tombée *in manu mariti*.

(2) La femme qui avant de tomber *in manu* était *in patria potestate*, retombait-elle sous cette puissance au moment de la dissolution du mariage, lorsque son père de famille était encore vivant ?

cipatæ verò filiæ pater divortium in arbitrio suo non habet (*Mar. et Diocl. L. 5, C. de repud.*).

2° Durant le mariage, par la mancipation (1) ou ré-mancipation (2), et peut-être aussi par la noxæ deditio.

Remancipatam (3) Gallus Ælius esse ait quæ emancipata sit ab eo cui in manum convenerat (*Festus, V° remancipatam*; voyez ci-après *Gaius, 1 Com. 118*, et *Cf. Plutarch. in Cat., Tacit. Ann. 6, et Dio. Cass. 48*).

§ 2. Dans le cas où la femme était in manu d'un homme qui n'était pas son mari (4).

1° Par la mancipation ou rémancipation.

.... a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit et ab eo vindicta manumissa.... (*Ex Gaius, 1 Com. 115*).

..... Feminæ a coemptionatoribus.... possunt mancipari (*Ex eod., § 118 cité à la pag. suivante*).

2° Par tout événement qui faisait perdre à celui qui avait la MANUS les droits de cité (5).

(Voy. p. 20, comment on cesse d'être citoyen romain).

(1) Ce mot embrasse-t-il l'émancipation, l'adoption et même la *datio in manum alterius*?

(2) Ceci s'applique-t-il à la femme qui est tombée in manu par la *confarreation* ou *usu*, comme à celle qui a fait la *coemptio*? — Suivant quelques personnes, la femme mariée par *confarreation* ne pouvait sortir de la *manus* que par la *diffarreation*.

(3) Ce mot *remancipata* viendrait à l'appui de l'opinion que la *coemptio* était une sorte de *mancipation*, et que (du moins dans ce cas) la femme n'arrivait à la *manus* qu'en passant par le *mancipium*; à moins qu'on ne prétende qu'elle tombait en même temps in manu *mancipioque*.

(4) Lorsque le mari était fils de famille, les mêmes événemens qui lui auraient donné la *manus* sur sa femme s'il eût été père de famille, donnaient-ils la même puissance à son père de famille?

(5) *Quid* si le mari *sui juris*, qui avait acquis la *manus*, passe dans le

SECTION III.

MANCIPIUM (1)

ART. 1. COMMENT ON TOMBAIT IN MANCIPIO.

— 116. Superest ut exponamus quæ personæ in mancipio sint. — 117. Omnes igitur *liberorum* personæ, sive masculini sive feminini *sexus*, si in potestate parentis sunt, mancipari (2) *ab hoc eodem modo* possunt quo etiam servi mancipari possunt..... — 118. Idem juris est in earum personis quæ in manu sunt ; nam *femine a coemptionatoribus eodem modo possunt mancipari* : adeo ut, *quamvis ea sola apud coemptionatorem filiae loco sit, quæ ei nupta sit in manu*, nihilominus etiam quæ ei nupta non est, nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit.

classe des fils de famille, ou bien tombe in mancipio ? — Et, vice versa, si le mari qui était fils de famille, devient père de famille ou passe dans une autre famille ? (*V. Coll. LL. M. et R. XVI. 2*).

(1) Justinien ne parle pas non plus de cette troisième espèce de puissance, quoiqu'elle paraisse avoir duré plus long-temps que la *manus*. (Le mot *mancipium* qu'on trouve assez souvent dans les compilations justiniennes, y est pris dans un autre sens). — Il est probable que ce fut la constitution d'Anastase, relative à l'émancipation par rescript, qui fit cesser l'une des sources les plus fréquentes du *mancipium*. Quant à la *noxæ deditio*, il paraît résulter du § 7, *J. de nox. act.*, qu'à l'époque de Justinien il y avait déjà long-temps qu'elle n'avait plus lieu à l'égard des hommes libres (*Cf. Liv. XLI. 8, et Fest. v° Dem.*).

(2) Il est étonnant que Gaius, en traitant *ex professo* du *mancipium*, n'ait indiqué qu'une seule source de cette puissance, tandis qu'il en reconnaît encore au moins trois autres, savoir : la *noxæ deditio*, l'*adjudicatio addictioque ob æs alienum* et l'*auctoratio* (voyez 4 *Comm.* 79 cité ci-après, et 3 *Comm.* 199). — Quelques personnes pensent qu'il faut encore y ajouter la *coemptio* (voy. note 2 de la page précédente et ci-après le § 123 de Gaius) et l'*adjudicatio ob furtum* (voyez Gaius, 3 *Com.* 189, voyez en outre ci-dessus, page 53, le § 135 de Gaius).

— 118a. Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, si velint parentes coemptionatoresque e suo jure eas personas dimittere (1) (*Gaius, 1 Com.*).

— 119. Est autem Mancipatio... imaginaria quædam venditio; quod et ipsum jus proprium civium romanorum est. Eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus romanis puberibus, et præterea alio ejusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens, is qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC ÆRE ~~ÆNEA~~QUE LIBRA, deinde ære percutit libram, idque æs dat ei a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco (*Gaius, eod.*).

— 122. Ideo autem æs et libra adhibentur, quia olim æreis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semisses.... nec ullus aureus vel argenteus *nummus in usu* erat, sicut ex lege XII tabularum intelligere possumus: eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere..... asses librales erant et dupondii.... nomen adhuc in usu retinetur.... (*Gaius, 1 Com.*)

Ex maleficiis filiorum familias (2) servorumque, veluti si furtum fecerint, aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, uti liceret patri dominove, aut litis aestimationem sufferre, aut noxæ dedere. *Erat enim iniquum, nequitiam eorum, ultra ipsorum corpora, parentibus dominisque damnosam esse* (*Gaius, 4 Com. 75*)

Cum autem filius familias ex noxali causa Mancipio datur, diuersae scholae auctores putant ter eum Mancipio

(1) Voyez ci-dessus, pag. 150, comment on cesse d'être fils de famille par l'émancipation.

(2) Le mari pouvait-il aussi donner noxæ la femme qu'il avait *in manu* et qui était *filix loco*? — Le père de famille aurait-il pu donner noxæ sa fille mariée lorsqu'elle n'était pas tombée *in manu mariti*?

dari debere, quia lege XII tabularum cāntum sit, (*ne aliter filius de potestate patris*) exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt; tres enim lege XII tabularum ad uoluntarias mancipationes pertinere (*Gaius, 4 Com. 79*).

Sed veteres quidem hæc in filiis familiarum masculis et feminis admisere (§ 7 *J. de nox. act.*; V. *Ulp. L. 3, § 4, de liber. hom. exhib.*).

Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dari, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur; cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus sæpius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri (*J. § 7, cit.*; V. *Pomp. Julian. et Ulp. L. 33, 34, 35, h. t.*).

Si tamen quærat aliquis quare.... coemptio.... nam ea quidem quæ coemptionem facit (1).... servilem conditionem... mancipati mancipatæve servorum loco constituuntur: adeo quidem, ut *ex ejus testamento* cujus in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum; sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi, quod non similiter fit in (2)..... (*Gaius, 1 Com. 123; Cf. 2 Com. 160 et 3 Com. 114*).

(1) C'est principalement sur ce § qu'on se fonde pour indiquer comme moyen de tomber *in mancipio* la *coemptio* faite par la femme avec un autre que son mari, et peut-être même celle qui est faite avec le mari. (Voyez ci-dessus pag. 81, les § 114 et suivans).

(2) Faut-il suppléer *confarreatione*? ou bien *coemptione*?

ART. II. COMMENT ON CESSAIT D'ÊTRE IN MANCIPIO.

§ 138. Il, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi (1), sui iuris fiunt. § 139. Nec tamen in hoc casu lex Aelia Sentia locum habet. itaque nihil requirimus, cuius aetatis sit is qui manumittit, et is qui manumittitur : ac ne illud quidem, an patronum creditoremue manumissor habeat. Ac ne numerus quidem legis Furiae Caninae finitus in his personis locum habet. § 140. Quin etiam invito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt. Excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur : nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur, eo ipso quod mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur, invito cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit : uelut qui furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit : nam hunc actor pro pecunia habet. § 141. In summa admonendi sumus, aduersus eos quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliosè facere licere, alioquin iniuriarum *actione tenebimur*. — Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit, dicis gratia, uno momento ; nisi scilicet ex noxali causa mancipentur (*Gaius, 1 Com.*).

Per hominem liberum noxæ deditum, si tantum adquisitum sit quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Præto qui noxæ deditum accepit ; sed fiducia iudicio non tenetur (*Coll. leg. M. et R. 11, 3 ; Cf. Ulp. l. 3, § 4, de hom. lib. exiheb.*).

(1) La mort de celui qui avait le *mancipium*, faisait sans doute passer cette puissance à ses héritiers, comme la puissance dominicale.

TROISIÈME DIVISION,

RÉSULTANT DE CERTAINES INCAPACITÉS
NATURELLES (1).

SECTION I.

DES PÈRES DE FAMILLE NATURELLEMENT INCAPABLES (2).

PREMIER GENRE D'INCAPACITÉ NATURELLE, L'ÂGE.

PR.

.... ætati quæ inter plenam perfectamque adolescentiam et robustissimam juventutem media est, *firmatiæ* ætatis adpellationem imponimus : ut prima ætas *pueritiæ* sit, sequens *adolescentiæ*, *firmata* hæc tertia, quarta *legitima*, quinta *senectus* (*Const.*, *L. un.*, *C. T. de his qui ven. ætat.*).

1^o *Enfans conçus.*

Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse (*Julian.*, *L. 26*, ff. *de stat. hom.*).

(1) Cette Troisième Division résulte de diverses circonstances indépendantes de la volonté du législateur, et qui sont cause que certains individus ne pourraient exercer, ou du moins ne pourraient exercer qu'avec quelque danger pour eux-mêmes, la plénitude des droits dont les autres ont le libre exercice.— Cette Division diffère tout à la fois de la première et de la seconde; de la première, en ce que les différentes classes d'individus qu'elle embrasse, inspirent au législateur un intérêt égal, malgré les différences que les lois établissent dans leur condition; de la seconde, en ce que les lois dont elle est l'objet ont bien plutôt pour but d'effacer des inégalités naturelles, que d'en consacrer de factices.

(2) Étant le résultat nécessaire de la nature même des choses,

De inspiciendo ventre,..... sic Prætor ait : Si mulier, mortuo marito, prægnantem se esse dicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum, ~~his~~ in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quæ ventrem inspicient.... (*Ulp. L. 1, § 10 de insp. vent.*).

Septimo mense nasci perfectum partum, receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse (*Paul. L. 12, de S. H.*).

Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem (*Ulpian. L. 3, § 11, ff. de suis et legit. hered.*)

De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum : nec videri in servitutum conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa (*eod. § 12*).

2° Impubères.

.... Pubertatem autem veteres quidem non solum ex

cette division est évidemment applicable à toutes les classes de Personnes que nous avons distinguées dans les deux divisions précédentes; cependant à raison du très petit nombre de droits dont certaines classes jouissaient, elle est presque sans utilité à leur égard. Qu'importe en effet qu'un Esclave soit mineur ou majeur, puisqu'il n'a aucune propriété que son inexpérience puisse lui faire perdre ?

Occupons-nous d'abord des Citoyens Romains Pères de famille. Si nous faisons connaître quels étaient ceux à qui le législateur avait été contraint, en quelque sorte, de refuser la jouissance ou du moins l'exercice d'une partie des droits privés, c'est-à-dire, si nous indiquons tous ceux qui étaient *naturellement Incapables*, nous aurons implicitement fait connaître ceux qui étaient *naturellement Capables* et qui avaient en conséquence dans toute leur plénitude la jouissance et l'exercice de ces mêmes droits.

annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant (*pp. J. quib. mod. tut.*).

.... nostri præceptores puberem eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, hoc est, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam ætatem esse spectandam cujus ætatis puberes fiunt. Sed diversæ scholæ auctores annis putant pubertatem æstimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui annos xiv explevit (*Gaius, 1, Com. 196*).

Nostra autem majestas dignum esse castitate nostrorum temporum bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum impletum viripotentes esse credantur. (*pp. J. quib. mod. tut.; Cf. Justinian., L. ult., C. quand. tut. vel cur., 259.*)

Pupillus est qui, cum impubes est, desiit in patris potestate esse, aut morte, aut emancipatione (*Pompon., L. 239, ff. de V. S.*).

....infans et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant, quia ejusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum (*Cf. Gaius, 3 Com. 109; et. L. 1, § 13, de obl. et act.*). Sed in proximis infantiae, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi (§ 10, *J. de inutil. stipul.*).

Pupillum qui proximus pubertati sit, capacem esse.... injuriæ faciendæ (*Gaius, L. 111, ff. de R. J.*)

3° Des Pubères mineurs de xxv ans.

.... minorem xxv annis etiam eum accipimus (ut) qui

vicesimum quintum annum (1) ætatis agit (*Ulp.*, L. 15, ff. *ad leg. Jul. de adult.*).

.... minoribus.... ætas in damnis subvenire : non in rebus prospere gestis obesse, consuevit (L. 14, *Ç. de procurat.*).

DEUXIÈME GENRE D'INCAPACITÉ NATURELLE, LA FAIBLESSE OU LE DÉRANGEMENT DES FACULTÉS INTELLECTUELLES.

1^o Fous (2).

Furiosi.... nulla voluntas est (*Pomp.*, L. 40, ff. *de R. J.*).

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent : nam furiosus nullum negotium contrahere potest : pupillus omnia, tutore auctore, agere potest (*Paul.*, L. 5, ff. *de R. J.*).

2^o Prodiges.

.... ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est (*Pomp.*, L. 40, ff. *de R. J.*).

.... Non est novum quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare

(1) Dans le Droit du Code les mineurs de vingt-cinq ans se subdivisèrent en mineurs qui avaient obtenu la *venia ætatis* et mineurs ordinaires : c'est à l'époque de vingt ans pour les hommes, et de dix-huit pour les femmes, époque après laquelle ce bénéfice peut être demandé, que commence ce que Constantin appelle *firmata ætas* dans la Const. citée ci-dessus p. 86. — Nous avons déjà parlé, à l'occasion de l'affranchissement, de la distinction qu'on faisait quelquefois entre les mineurs, suivant qu'ils étaient au dessus ou au dessous de dix-sept ans. (Voyez ci-dessus pag. 12).

(2) Il est très vraisemblable que les mots *furiosus*, *mente captus*, *demens* et *amens*, n'étaient pas parfaitement synonymes : cependant nous ne trouvons aucun texte qui fasse bien ressortir la nuance qui existait entre ces expressions.

bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem : eligendus itaque erit qui eos consilio regat (1) : nam æquum est prospicere nos etiam eis qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum (*Ulp., L. 12, § 2, ff. de tut. et cnra datis*).

TROISIÈME GENRE D'INCAPACITÉ NATURELLE, LE SEXE.

In multis Juris nostri articulis deterior est conditio faminarum, quam masculorum (*Papinian., L. 9, ff. de hom. stat.*).

Feminæ ab omnibus officiis, civilibus vel publicis, remotæ sunt : et ideo, nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere (*Ulpian., L. 2, ff. de R. J.; Cf. L. 18, ff. de tutel.*).

... nec enim loco minoris xxv annis circumscripti per omnia habenda est mulier (*L. 32, § 16, ad sen. Vell.*).

QUATRIÈME GENRE D'INCAPACITÉ NATURELLE, LES INFIRMITÉS OU MALADIES.

... mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur (§ 3, *J. quib. non est perm. f. t.*).

Ubi non voce, sed præsentia opus est, mutus, si intellectum habet, potest videri respondere (*Paul., L. 124, de R. J.*).

Idem in surdo : hic quidem (et) respondere potest (*ibid.*)

(1) On commençait par interdire au Prodigue l'exercice de ses droits : *Moribus* (dit Ulpien) *per prætorem bonis interdicitur hoc modo : QUANDO TUA BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI ÆRE (ou EA RE) COMMERCIOQUE INTERDICO* (*Paul. 3 frag. 4 a, § 7*),

Sed.... et qui perpetuo morbo laborant.... rebus suis superesse non possunt.... (§ 4, *J. de cur.*)

Cæcus.... non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex divi Justinii patris nostri introduxit (*Justinian.*, § 4, *J. quib. non est perm. fac. test.*).

CINQUIÈME GENRE D'INCAPACITÉ NATURELLE, L'ABSENCE.

Absentem accipere debemus eum qui non est eo loco in quo loco petitur (*Ulp.*, *L. 199*, ff. *de V. S.*).

Furiosus absentis loco est; et ita Pomponius, *lib. 1, Epistolarum*, scribit (*L. 124*, § 1, ff. *de R. J.*).

Verba edicti sunt hæc : Si cujus quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo (malo), Reipublicæ causa abesset : inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset : sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur ; item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amisit, consecutus ; actioneve qua solutus ob id quod dies ejus exierit cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret : aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur : (cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui) pro magistratu, sine dolo ipsius, actio exempta esse dicetur : earum rerum actionem intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit ; item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam : quod ejus per leges, plebiscita, senatus-consulta, edicta, decreta principum licebit (*L. 1*, § 1, ff. *ex quib. caus. maj.*).

.... inquit Prætor : si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam : multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt.... (*L. 26*, § 9, *eod.*).

SECTION II.

DES PERSONNES NATURELLEMENT INCAPABLES AUTRES
QUE LES PÈRES DE FAMILLE (1).

Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur (§ 10, *J. de inutil. stip.*; Cf. *L. 141, § 2, de verb. obl.*).

Ego verissimam arbitror sententiam existimantium filiumfamilias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quæ ipsius intersunt, puta si sit obligatus (*L. 3, § 4, de min.*; Cf. § 7, *eod. L. 34, eod. L. 1 et 2, C. si filiofam. min.*).

Puto filiumfamilias in castrensi peculio pertinere ad Edictum (*L. 13, § 1, ex quib. caus. majores.*).

Servus autem minor annis xxv, nullo modo restitui poterit (*L. 3, § 11, de min.*).

Etsi furere cœperit servus vel filiusfamilias, retinebunt peculium (*L. 7, § 3, de pecul.*).

Servus reipublicæ causa abesse non potest (*L. ult. de R. J.*).

(1) Nous avons déjà fait observer (*suprà*, page 87) que l'influence que pouvaient exercer sur la condition des Pères de famille les diverses espèces d'incapacités que nous venons d'indiquer, était nécessairement beaucoup plus restreinte à l'égard de toutes autres classes de Personnes, et principalement à l'égard des Esclaves et des Fils de famille; on ne sera donc pas surpris du petit nombre de textes que renferme cette Section. A l'égard des Étrangers on peut trouver une autre cause de l'absence de textes, dans le soin que Tribonien a pris d'omettre tous les passages qui les concernaient dans les écrits des anciens jurisconsultes, persuadé qu'il était que, depuis la constitution d'Antonin Caracalla (voy. *Sup.* pag. 29), il n'y avait plus sur toute la terre qu'une seule classe d'hommes libres. Quelques passages placés dans notre Quatrième Division ci-après, prouveront : 1^o que les impubères formaient aussi chez les Étrangers une classe particulière d'incapables; 2^o qu'au contraire il n'y avait pas, en général, chez eux d'incapacité résultant du Sexe (V. *Gaius*, 1 *Com.* 189 et 193).

QUATRIÈME DIVISION

OU

DIVISION SECONDAIRE (1),

RÉSULTANT DE CE QUE DIVERSES PERSONNES,
OUTRE LES DROITS ET OBLIGATIONS QUI LEUR
SONT PROPRES, EXERCENT CERTAINS DROITS
DANS L'INTÉRÊT D'AUTRUI.

SECTION I.

DES PERSONNES ALIENI JURIS CONSIDÉRÉES COMME REPRÉSENTANT
LES PERSONNES SOUS LA PUISSANCE DESQUELLES ELLES SE
TROUVENT.

PR.

Adquiritur autem nobis non solum per nosmetipsos,
sed etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipiove

(1) Nous appelons cette Division, *secondaire*, parce qu'elle est une conséquence de certaines mesures adoptées par le législateur à l'égard de diverses classes de personnes déjà comprises dans les Divisions précédentes. En effet, cette Quatrième Division n'existerait pas, si 1^o l'institution de l'esclavage et une certaine organisation de la famille n'avaient pas placé certains individus dans la dépendance presque absolue d'autres individus; 2^o si le législateur, n'avait point adopté le système de venir au secours des incapables par le moyen de tuteurs, curateurs ou autres défenseurs; 3^o s'il n'avait pas accordé aux personnes capables, le droit de se faire représenter, au moins dans certaines opérations, par des fondés de pouvoirs ou procureurs.

Comme aucun individu de l'espèce humaine, au moins à l'époque où nous prenons le Droit romain, n'était absolument réduit au rôle d'instrument ou d'agent d'autrui, il est évident que les personnes qui vont être considérées sous ce rapport dans cette Division, ont déjà figuré dans les Divisions précédentes, comme ayant des droits qui

habemus; item per eos servos in quibus usumfructum habemus, item per homines liberos et servos alienos

leur sont propres. — Nous n'aurons donc à nous occuper ici que des distinctions qu'on peut établir sous le rapport des qualités de représentans, de défenseurs ou d'agens d'autrui, et en raison des différences plus ou moins prononcées que ces qualités peuvent offrir. Sous ce nouveau point de vue, l'épithète de *secondaire* convient encore parfaitement à la Division actuelle; et l'on pourrait, en appliquant ici une expression que les commentateurs du Droit romain ont employée dans un autre ordre d'idées, dire que les diverses qualités qui vont être expliquées sont des qualités *adjectives*.

Or les personnes qui agissent dans l'intérêt d'autrui, se distinguent d'abord en deux classes, savoir :

1^o Les personnes qui agissent dans l'intérêt d'autrui, sans être dans la puissance de celui qu'elles représentent ou défendent;

2^o Et les personnes qui sont soumises à la puissance d'autrui, soit puissance dominicale, soit puissance paternelle, soit *mancipium*, soit *manus* (c'est sans doute en considérant ces personnes comme instrumens de l'individu qui les avait sous sa puissance, qu'on les désignait par l'expression de personnes *alieni-juris*).

La première classe se subdivise ensuite en deux espèces :

1^o Défenseurs ou représentans des personnes naturellement incapables;

2^o Défenseurs ou représentans des personnes qui ne sont atteintes d'aucune incapacité naturelle.

Enfin pour chacune de ces deux espèces, il y a lieu de distinguer si la personne à défendre est *sui juris* ou *alieni juris*, un *Romain* ou un *Étranger*.

Voici quelle nous paraît devoir être en conséquence le plan de cette Quatrième Division.

Nous traiterons successivement :

1^o Des personnes *alieni-juris*, c'est-à-dire soumises à la puissance d'autrui, et considérées comme servant d'instrument aux personnes sous la puissance desquelles elles se trouvent;

2^o Des personnes *sui-juris* ou *alieni juris* qui servent de défenseurs à des personnes, soit *sui juris*, soit *alieni juris*, naturellement incapables;

3^o Les personnes, également *sui juris* ou *alieni juris*, qui agissent dans l'intérêt d'autres personnes naturellement capables.

quos bona fide possidemus; de quibus singulis diligenter dispiciamus (1) (*Gaius*, 2 *Com.* 86; Cf. *L.* 38, § 17 *de V. O.*)

ART. I. DES ESCLAVES (2).

Servus ex persona domini jus stipulandi habet (pp. J. de stip. serv.).

Item vobis acquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim servus qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest.—Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu, hæreditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. — Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habetis vobis acquiritur, sed etiam pos-

(1) Nous n'avons point à rechercher ici comment un individu tombait ou cessait d'être sous la puissance d'autrui : cette question, quant à la puissance paternelle, au *mancipium* et à la *manus*, a été traitée complètement dans la 2^e Division ; quant à la puissance dominicale, nous avons vu (pag. 32 à 40) comment on était et comment on cessait d'être esclave, mais il nous reste à voir, dans le *Traité de la Propriété*, comment un esclave passait d'un maître à un autre, ou appartenait en même temps à plusieurs. Notre tâche se réduit, en ce moment, à expliquer jusqu'à quel point les Fils de famille, les Esclaves, représentent les personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent.

(2) L'esclavage étant une institution du Droit des gens, il est évident que des Étrangers peuvent aussi bien que les Romains, posséder des Esclaves. Les Fils de famille et les Esclaves eux-mêmes, à l'époque où on leur a reconnu le droit de *pécule*, ont pu être considérés sinon comme maîtres, au moins comme quasi propriétaires d'autres esclaves. D'un autre côté, les personnes naturellement incapables peuvent avoir sous leur puissance des esclaves, et même des fils de famille aussi bien que les capables. — Nous aurions donc pu subdiviser sous ce rapport notre première Section en deux parties : dans la première on ne

sessio : cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio, vobis accedit (§ 3, *J. per quas person. nob. adq.*).

Dum tamen sciamus, si alterius in bonis sit servus, alterius ex jure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per eum adquiri, cujus in bonis est (*Gaius*; 2 *Com.* 88).

De iis autem servis in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirant, id vobis adjiciatur; quod vero extra eas causas consequuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur. (§ 4, *J. eod.*).

Idem placet et de eo qui à vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bonæ fide possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, cum usuceperit servum (quia eo modo dominus fit), ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest : primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi; deinde, quia scit servum alienum esse (*eod.*).

Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem quam proxime

se serait occupé que du cas où la puissance appartient à un Romain, père de famille et naturellement capable ; dans la deuxième, on aurait recherché jusqu'à quel point les mêmes principes sont applicables aux cas où il s'agit de toutes autres personnes ; mais l'absence de textes précis nous a contraint de négliger cette subdivision.

exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint (*eod.*)

Sed qui nudum jus quiritium in servo habet, licet dominus sit, minus tamen juris in ea re habere intelligitur quam usufructuarius et bonæ fidei possessor; nam placet ex nulla causa ei adquiri posse: adeo ut, etsi nominatim ei dari stipulatus fuerit servus, mancipiove, nomine ejus, acceperit, quidam existiment nihil ei adquiri (*Gaius, 3 Com. 166*).

Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est: excepto eo quod uni nominatim stipulando, aut mancipio accipiendo, illi soli acquirit, velut cum ita stipuletur: *TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES?* aut cum ita mancipio accipiat: *HANC REM EX JURE QUIRITIUM LUCII TITII DOMINI MEI ESSE AJO, EAQUE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA.* — Illud quæritur, *an* quod domini nomen adjectum efficit, idem faciat unius ex dominis jussum intercedens? Nostri præceptores perinde ei qui jusserit soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus, mancipiove accepisset; diversæ scholæ auctores proinde utrisque adquiri putant ac si nullius jussum intervenisset (*Gaius, 3 Com. 167*).

Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est (§ 3, *J. per quas pers. oblig. Cf. L. ult. C. per quas pers. 130*).

ART. II. DES FILS DE FAMILLE.

..... liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus pecuniis), hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione (*V. Gaium, 2 Com. 87*). Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum est, alii vel extra-

neo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerint, adplicare (§ 1, *J. per quas pers. nob. adq.*).

Quod nobis inhumanum visum est, et, generali constitutione emissa, et liberis peperimus et patribus honorem debitum servavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris eis obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur; quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc in alium perveniens luctuosum ei procedat (*ibid.*; *Cf. L. 6, C. de bon. quæ liber. 259*).

Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie ubi parens emancipando liberum, ex rebus quæ acquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis; et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum, ex hac emancipatione, dominio pro parte tertia defraudaretur; et quod honoris ei ex emancipatione additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum diminutionem decrescat. Ideoque statuimus ut parens pro tertia domini parte bonorum quam retinere poterat, dimidiam non domini rerum, sed ususfructus, retineat. Ita enim res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus (§ 2, *eod. Cf. L. 6 § 3, C. de bon. quæ lib.*).

..... quod per servos quidem vobis acquiritur, totum vestrum fit; quod autem per liberos quos in potestate habetis, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividitur secundum imaginem rerum, proprietatis et ususfructus, quam nostra decrevit constitutio : ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietatem autem filio servetur, scilicet patre actionem movente, secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem (*pp. J. per quas pers. oblig. Cf. L. ult. sup. cit.*).

ART. III. DES PERSONNES QUI SONT IN MANU OU IN MANCIPIO.

Per eas vero personas quas in manu mancipiove habe-

mus, proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt : an autem possessio adquiratur quaeri solet (1), quia ipsas non possidemus (*Gaius*, 2 *Com.* 90).

SECTION II.

DES INDIVIDUS SERVANT DE DEFENSEURS A DES PERSONNES
NATURELLEMENT INCAPABLES.

TITRE PREMIER (2).

DES DÉFENSEURS DONNÉS AUX ROMAINS PÈRES DE FAMILLE
NATURELLEMENT INCAPABLES.

PR.

..... ex his personis, quæ neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus igitur, quæ in tutela vel in curatione sint : ita enim intelligemus ceteras personas quæ neutro jure tenentur (*Gaius*, 1 *Com.* 144).

(1) Justinien ne s'occupe pas de cette question, parce que, de son temps, le *mancipium* et la *manus* n'existaient plus.

(2) Nous aurions pu établir une subdivision de ce *TITRE* en nous fondant sur cette considération, que les défenseurs donnés aux *Pères de famille naturellement incapables*, peuvent être ou *sui juris* ou *alieni juris*, et même ne sont pas nécessairement exempts de toute incapacité naturelle; mais les textes dans lesquels des personnes soit *alieni juris* soit frappées de quelque incapacité naturelle, sont appelées aux fonctions de défenseurs sont presque toujours conçus comme des dispositions exceptionnelles aux règles qui appellent à ces mêmes fonctions les personnes *sui juris* et naturellement incapables, et l'on ne peut bien entendre ces textes que lorsqu'on les lit à la suite des règles qu'ils modifient. Nous avons donc renoncé à cette subdivision. — Dans notre *Titre second* on verra que les défenseurs des *Étrangers* peuvent être des *citoyens romains*. Nous ne pensons pas que, *vice versa*, des *Étrangers* puissent de-

PREMIÈRE PARTIE (1).

DES DIVERSES ESPÈCES DE DÉFENSEURS ET DE LEUR NOMINATION.

CHAP. I. DÉFENSEURS DONNÉS A RAISON DE L'ÂGE.

ART. I. *Aux enfans conçus.*

Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet (*Ulp. L. 8, ff. de curat.*).

Ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest, curator potest : nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est (*Modest. L. 20, ff. de tut. et curat. dat.*).

ART. II. *Aux impubères.*§ 1. *Des Tuteurs.*

PR.

Tutores constituuntur tam masculis quam feminis : sed masculis quidem impuberibus dumtaxat, propter ætatis infirmitatem ; feminis autem, tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam (*Ulpian. 2 frag. 1*).

venir défenseurs de *citoyens romains* (Voyez au surplus, ci-après, à la pag. 103, *Ulp. 11, frag. 16*).

(1) Nous avons à examiner : 1° quelles sont les différentes classes de *Défenseurs* que l'on connaissait en Droit romain, et comment s'opérait leur nomination ; nous verrons en même temps à quelles espèces d'*Incapables* se rapportaient chaque classe de *Défenseurs* et chaque mode de nomination ; 2° quelles causes pouvaient, soit exclure un individu des diverses fonctions de *Défenseurs*, soit le dispenser d'accepter ces fonctions ; 3° enfin comment ces mêmes fonctions finissaient. — Notre examen sera court, parce que la plupart de ces questions ne peuvent être traitées d'une manière complète, que dans les Titres où l'on expliquera la condition des divers Incapables (Voyez notre 3^e Livre). Ce sera dans ces mêmes Titres que nous ferons connaître les droits et les devoirs qui

Tutela est (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero , ad tuendum eum qui propter ætatem sponte se defendere nequit , jure civili data ac permissa (*Paul. , L. 1, ff. de tutel.*).

Tutores autem sunt , qui eam vim ac potestatem habent , ex qua re ipsi nomen acceperunt. Appellantur enim tutores quasi tuitores atque defensores , sicut æditui dicuntur qui ædes tuentur (§ 1 , *eod.*).

Divers modes de désignation des tuteurs (1).

Tutores aut legitimi sunt , aut senatusconsultis constituti , aut moribus introducti. — Legitimi tutores sunt , qui ex lege aliqua descendunt : per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur , seu propalam , quales sunt adgnati , seu per consequentiam , quales sunt patroni (*Ulp. , 11 frag. 2 et 3*).

Ex *sequentibus* apparebit , quot sint species tutelarum. Si vero quæramus , in quot genera hæ species deducantur , longa erit disputatio : nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nos , qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus , et in Edicti interpretatione , et in his libris quos ex Quinto Mucio fecimus , hoc solum tantisper sufficit admonuisse ,

résultaient des diverses fonctions dont il sagit ; l'explication de ces droits et de ces devoirs doit être , en effet , considérée comme un complément des dispositions qui déterminent la condition légale des diverses espèces d'Incapables , car la condition de ces derniers ne peut être bien connue que lorsque l'on connaît les pouvoirs qui étaient accordés à leurs Défenseurs.

(1) Nous ferons remarquer que , relativement à cette matière , il y a quelques dispositions qui appartiennent plutôt au Droit public qu'au Droit privé ; par exemple , celles qui chargent certains magistrats de veiller à la défense des Incapables. Nous aurons occasion de faire connaître quelques unes de ces dispositions dans notre Troisième Livre. Ne nous occupons maintenant que de ce qui appartient essentiellement au Droit privé et à la classification des Personnes privées.

quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut La-beo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent (*Gaius*, 1 *Com* 188).

a. *Par le testament du père de famille de l'impubère.*

Testamento quoque tutores nominatim dati confir-mantur eadem lege XII tabularum his verbis : UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUE REI ITA JUS ESTO : qui tuto-res dativi appellantur (*Ulp.* 11, *frag.* 14).

— 144. Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent, testamento *tutores* dare : masculini quidem sexus, impuberibus *duntaxat*; *feminini autem, tam impuberibus quam nubilibus*. Veteres enim voluerunt feminas, etiam si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse. — 145. Itaque si quis filio filiæque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet : tantum enim ex lege Julia et Papia Poppea jure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis virginibus vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberares esse voluerunt : itaque etiam lege XII tabularum cautum est (1). — 146. Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestatem jure recasuri non sint. Itaque si filius meus mortis meæ tempore in potestate mea sit, nepotes quos ex eo (*habeo*), non possunt ex testamento meo habere tutorem, quamvis in potestate mea fuerint : scilicet quia mortuo me in patris sui potestate futuri sunt. — 147. Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habeantur, et in hac

(1) La tutelle des femmes pubères n'existait plus à l'époque de Justinien (*voyez* ci-après pag. 115).

causa placuit, non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse : si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit (*Gaius, 1 Com.*).

— 149. Rectissime autem tutor sic dari potest : LÆCIUM TITIVM LIBERIS MEIS TUTOREM DO ; sed et si ita scriptum sit : LIBERIS MEIS VEL UXORI MEÆ TITIVS TUTOR ESTO, recte datus intellegitur (*Gaius, 1 Com.*).

Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ videtur dedisse : quia filiæ appellatione etiam posthuma continetur (*Ulp. L. 5, ff. de test. tut.*).

Quid si nepotes sint ? an, appellatione filiorum, et ipsis tutores dati sint, videndum ? Et magis est, ut ipsis quoque dati videantur : si modò liberos dixit. Cæterum, si filios, non continebuntur : aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè, si postumis dederit, tam filii postumi, quàm cæteri liberi continebuntur (*idem. L. 6, eod.*).

Testamento tutores dari possunt hi cum quibus testamenti faciendi jus est, præter Latīnum junianum ; nam Latinus habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest : id enim lex Junia prohibet (*Ulp. 11 frag. 16*).

Dari autem tutor potest testamento non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias (*pp. J. qui test. dari poss. Cf. Ulp. L. 7, ff. de tutel. et Pomp., L. 9, ff. de his qui sui vel alien.*).

..... servus proprius testamento cum libertate tutor dari potest. Sed sciendum est, eum et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse (*Cf. Paul. L. 32, § 2, de test. tut.*). Plane si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. — Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor ; sed ita, cum liber erit, utiliter datur :

proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur (§ 1, *J. qui test tut. dari poss.*).

Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis, fuerit factus (§ 2, *eod. Cf. Paul. L. 11 de tutel. et L. 32 de test. tut.*).

Feminæ tutores dari non possunt : quia id munus masculorum est (*Nerat. L. 18, ff. de tutel.*) (1).

Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur (§ 3, *eod. Cf. Ulp. L. 8, § 2, ff. de test. tut.*; *Gaius, 2 Com. 231*).

b. *Par l'effet de certains rapports de famille ou autres rapports analogues, savoir :*

Legitimæ tutelæ lege XII tabularum adgnatis delatæ sunt et consanguineis ; item patronis : id est, his qui ad legitimam hereditatem admitti possent. Hoc summa providentia : ut qui sperarent hanc successionem, iidem tenerentur bona ne dilapidarentur (*Ulp. L. 1, pr. ff. de legit. tutor.*).

§ 1. Interdum alibi est hereditas, alibi tutela : utputa si sit consanguinea pupillo : nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum. (*Ulp. L. 1, § 1 de legit. tut.*; *Cf. J. de leg. patr. tut.*).

1° *Par suite de l'agnation.*

Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi (*Gaius, 1 Com. 155*).

Idem dicemus, si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit : nam tutela ejus ad agnatum revertitur (*Paul., L. 6, de leg. tut.*).

(1) Voyez cependant une exception à ce principe *infra*, p. 106.

Sunt autem agnati, per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati : veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus et patruī filius, et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati; sed alias naturali jure cognati. Itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio; item amitæ et materteræ filius non est mihi agnatus, sed cognatus; et invicem scilicet ego illi eodem jure conjungor : quia qui nascuntur, patris, non matris, familiam sequuntur (*Gaius*, 1 *Com.* 155).

Si plures sunt adgnati, proximus tutelam nanciscitur; et si eodem gradu plures sunt, omnes tutelam nanciscuntur (*Gaius*, *L.* 9, *de legit. tutor.*).

Si reliquero filium impuberem, et fratrem, et nepotem ex alio filio, constat utrosque esse tutores, si perfectæ ætatis sunt, quia eodem gradu sunt (*Paul.*, *L.* 8, *eod.*).

Ad agnatos pupilli, jure legitimo, sollicitu ineam tutelæ pertinere, nisi capitis diminutionem sustinuerint, manifestissimum est (*Diocl. et Max.* *L.* 2, *C. de legit. tutel.*).

Nec solum maioribus diminutionibus ius agnationis corrumpitur, set etiam minima : et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipaverit. neuter alteri agnationis iure coniunctus esse poterit (*Gaius*, 1 *Com.* 163).

Minima capitis diminutio est cum et ciuitas et libertas retinetur; sed status hominis commutatur; quod accidit in his, qui adoptantur : item in his qui coemptionem faciunt : et in his qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur, aut manumittatur, totiens capite diminuatur (*ibid.* 162).

... legitimæ tutelæ... adgnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutati (*Paul.* *L.* 7, ff. *de cap. minut.*).

Frater emancipatus, qui in germani sui vel sororis successione omnes inferiores seu prolixiores gradus non tantum cognatorum, sed etiam agnatorum antecedere à nobis pro nostra dispositione jussus est: etiam ad legitimam fratrum et sororum, nec non liberorum fratrum tutelam, quasi minimè patris potestate per jus emancipationis relaxatus, si non alia juri cognita excusatione munitus sit, vocari: nec sub prætextu capitis deminutionis alienum ab hujusmodi onere semetipsum esse contendere sancimus (*Anastas. L. 4, C. de legit. tut. 498.*)

*Sicut hereditas agnatione non inspecta proximis desertur, sic et tutelæ onus committatur emolumentum, si masculi et perfectæ sint ætatis, et nulla lege prohibeantur suscipere. Quòd si plures sint ejusdem gradus, et ad tutelam vocantur: jubemus communiter apud judicem convenientibus, unum vel plures eligi, et eum vel eos administrare: ut magis idoneo vel idoneis committatur tutela, periculo tutelæ omnibus imminente qui ad tutelam vocantur: et substantiis eorum minoribus tacitè subjacentibus pro hujusmodi gubernatione (*Auth. ex Novell. 118, c. 5*).*

Matres quæ, amissis viris, Tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas jure eveniat, fateantur actis (sacramento præstito) ad alias nuptias se non venire. (*Valent., Theod. et Arcad, L. 2, C. quando mulier tutel.*).

*Matri et avicæ secundum ordinem tutelam etiam ante agnatos subire permittimus, si inter gesta nuptiis aliis et senatusconsulii Vellejani auxilio renunciaverit: solis testamentariis tutoribus eas præcedentibus, legitimis et dativis postpositis. Defuncti namque voluntatem præponi volumus.—Præter has autem aliis mulieribus interdicimus officium tutelæ subire (*Auth. ex Nov. 118, C. 5*).*

Sacramentum quidem non exigitur, sed contractis secundis nuptiis expelli eam a tutela convenit: salva minoribus omnia alia (prout juris est) cautela (*ex Novel. 94, c. 2*).

*Ad hæc, et si debitum inter ipsam et filios quoquo modo vertitur, tutela materna non ideo minus admittitur, debito in sua natura manente (*ex eod. Nov.*).*

*Potest etiam mater naturalium filiorum tutelam agere, omnia agens quæcunque in legitimis definita sunt filiis (*ex eod. Nov.*).*

2° *Par l'effet du patronat.*

« *Ex eadem lege duodecim tabularum, libertorum et
 « libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet.
 « Quæ et ipsa legitima tutela vocatur; non quia nomina-
 « tim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde
 « accepta est per interpretationem, atque si verbis legis
 « introducta esset: eo enim ipso quod hereditates liberto-
 « rum libertarumque,» si intestati decessissent, jusserat
 lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt
 veteres voluisse legem etiam tutelam ad eos pertinere;
 cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem
 et tutores esse jusserit (*Gaius, 1 Com. 165; Cf. sup.,
 Ulp. 11, frag. 3, in fin.*).*

3° *En vertu du rapport légal qui reste après l'émancipation.**Tutelle du parent émancipateur.*

Qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel
 a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni
 tutor efficitur. . . . qui fiduciarius tutor appellatur (*Ulp.
 11 frag. 5*).

Exemplo patronorum sunt fidu-
 ciariae quæ ideo nobis competunt, quia liberum
 caput, mancipatum nobis vel a parente, vel a coemptio-
 natore, manumiserimus (*Gaius, 1 Com. 166*).

Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem,
 vel deinceps impuberes quos in potestate habeat manci-
 pet: vicem legitimi tutoris sustinet (*Ulpian. L. 3, ff. de
 legit. tut.*).

Tutelle des descendans de l'émancipateur.

Quo (*patre emancipatore*) defuncto, si liberi perfectæ
 ætatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis effi-
 ciuntur (*Modest. L. 4, eod.*).

Atqui patrono legitimo tutore mortuo liberi quoque ejus legitimi sunt tutores! (*Cf. Gaium, 1 Com. 175*). Quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum recideret potestatem, ideoque nec in tutelam; libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. (*pp. J. de fid. tut.*).

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ ætatis sint: quod nostra constitutio in omnibus tutelis et curationibus observari generaliter præcepit (*L. ult. C. de legit. tut. 529*).

c. Par la désignation du magistrat.

Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis: sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel *lex*, vel senatusconsultum, vel Princeps (*Ulp. L. 6, § 2, ff. de tut.*).

Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a Praetore urbano et maiore parte Tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a Praesidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia (1) (*Gaius, 1 Com. 185; Cf. Ulp. 11 frag. 18*).

Et si cui testamento tutor sub conditione aut ex die certo datus sit, quamdiu conditio aut dies pendet tutor dari potest; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est: qui desinit tutor esse posteaquam quis ex testamento tutor esse coeperit (*ibid. 186*).

Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor datur; qui desinit tutor esse, si is qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam jure postliminii (*ibid. 187*).

(1) Le droit de nommer les tuteurs fut transporté ou étendu plus tard à d'autres magistrats (Voyez § 3, 4 et 5, *J. de Att. tut.*).

Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur; nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur; sed interim à Prætore datur (*Ulp.*, *L. 1*, § 2 *de leg. tut.*).

Quod autem permittitur tutorem dare provinciæ Præsidi, eis tantum permittitur, qui sunt ejusdem provinciæ vel ibidem domicilium habent (*Ulp. L. 1*, § 2, *de tut. et cur.*).

Jus dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus: eoque jure utimur; sed illum qui ab eodem municipio vel agro ejusdem municipii est (*idem*, *L. 3*, *eod.*).

d. *Par le concours d'une volonté privée avec celle du magistrat.*

§ 1. Sunt quidam dati rectè tutores secundum testamenta, id est, et à quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet. Pater enim filiis, vel nepotibus quos habet in potestate, rectè dat tutorem, sed in testamento. Si autem fuerit persona talis quæ non potest dare, velut mater aut patronus, aut extraneus quis, aut persona cui non potest dari, velut si pater filio non existenti in potestate, aut filiæ dederit; aut si dixerit, *Præcor te curam habere rerum*; aut in codicillis non confirmatis dederit tutorem, aut curatorem: tunc quod deficit, repleti à consulari potestate constitutiones concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores (*Mod. L. 1*, § 1, ff. *de confirm. tut.*).

§ 2. *Des personnes qui doivent ou peuvent provoquer la nomination des tuteurs.*

Alii voluntate petunt tutores (*Mod. L. 1*, § 1, *qui pet. tut.*).

Si minores non habent eos qui ex legibus sunt defensores, si quidem tutoribus indigent propter ætatem, possunt petere eis tutores constitui cognati, et qui secundum

affinitatem sunt, familiares parentum masculorum et foeminarum; possunt et amici parentum, et educatores ipsorum puerorum hoc petere (*idem. pp. eod.*).

Si quidem aliquis, vel foenerator, vel legatarius, vel alius, necessariam habeat adversus pupillum persecutio- nem: ipse quidem non petet tutorem pupillo, sed eos qui petere possunt rogabit petere; vel si hi neglexerint, tunc accedens ad Præsidentem hoc ipsum dicet, ut, constituto tutore legitimo, ea adversus pupillum moveatur persecutio (*id. § 3, eod.*).

Sunt autem quidam quibus est necesse petere tutores: puta, mater et liberti; ex his enim, illa damnum patitur, hi autem et puniuntur, si non petierint eos qui ex legibus defensores sunt (*id. § 1, eod.*).

§ 3. De quelques autres Défenseurs donnés aux impubères.

Habenti tutorem tutor dari non potest (*Tryphon. L. 27, ff. de test. tut.*).

Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumue legis actione agendum erat. *nam quia ipse quidem tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore actio perageretur*: qui dicebatur praetorius tutor, quia a Praetore urbano dabatur. Post sublatas legis actiones quidam putant, hanc speciem dandi tutoris in usu est si legitimo iudicio agatur (*Gaius, 1 Com. 184; Cf. Ulp. 11 frag. 25*).

Si pupillus pupillave cum justo tutore, tutorve cum eorum quo, litem agere vult, et curator in eam rem petitur: utrùm ipsis poscentibus datur, an verò et adversario? Et sciendum est, sive agant, sive conveniantur, dari hunc curatorem posse: sed non aliàs quàm si ipse petat cui dari eum oportet. (*Ulp. L. 3, § 2, ff. de tut.*).

Quolibet loco et tempore hunc curatorem dari posse

Pomponius, libro sextodecimo ad Sabinum, scripsit (*Ulp. § 3*).

Possunt autem, vel plures in plurium locum, vel unus in plurium, vel unus unius loco, vel in unam litem vel in plures, curator peti (*Paul. L. 4, § 1, eod.*)

Cum semel petitus sit talis curator, quamdiu is curator maneat, alius in eandem litem curator peti non potest (*Pompon. L. 5, eod.*).

Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum tutela removendus videatur, optimum factum est, curatorem ei potius adjungi, quam eundem cum notata fide et existimatione removeri (*Mod. L. 9, ff. de suspect. tut.*)

Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti, propter adversam tutoris valetudinem, vel senium ætatis: qui magis administrator rerum quam curator esse inteligitur (*Pompon. L. 13, pr. ff. de tut.*).

In omnem rem curator dandus est in ejus tutoris locum qui reipublicæ causa abfuit (*Paul. L. 15, ff. de tutel. et cur. dat.*). Nec ille desinit tutor esse. Quod et in omnibus qui ad tempus excusantur, juris est (*idem, L. 16, eod.*).

Est etiam adjutor tutelæ, quem solet Prætor permittere tutoribus constituere qui non possunt sufficere administrationi tutelæ: ita tamen, ut suo periculo eum constituent (*Pompon. L. 13, ff. de tut.*).

ART. II. Aux mineurs de vingt-cinq ans. 217

..... dat curatorem (*Prætor*) ei qui, nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest. (*Ulp. 12 frag. 4*).

..... minoribus desiderantibus curatores dari solent (*Papin. L. 13, § 2, ff. de tut. et curat. dat.*).

— § 4. Curatores autem minores sibi ipsis petent : si quidem adfuerint , per se ipsos ; si autem abfuerit aliquis eorum , petet per procuratorem. — § 5. An autem alius petere curatorem possit minori , quæsitum est ? Et Ulpianus egregius ita scribit : non licere alium ei petere , sed ipsum sibi ipsi. Et apud Paulum , libro nono Responsorum , ita relatum est : curatorem , ignorante , nec mandante pupilla , non rectè ei à tutore petitum videri : periculumque eorum quæ curator non jure datus gessit , non sine ratione eum qui petit cogendum agnoscere. Et alia parte ejusdem libri ita respondit : si matris judicium Princeps secutus , curatores filiaë ejus dedit , periculum administrationis eorum eam respicere debere (*Modest. L. 2, ff. qui petant. tut. vel. curat.*).

. hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur : nec ante rei suæ administratio ei committi debebit , quamvis benè rem suam gerentibus (*Ulp. L. 1, § 2, de minorib.*).

Denique divus Severus , et Imperator noster hujusmodi Consulum vel Præsidum decreta quasi ambitiosa esse interpretati sunt : ipsi autem perrarò minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt : et eodem jure utimur (*idem, L. 3, pp. ff. eod.*).

. . . . Inviti adolescentes curatores non accipiunt , præterquam in litem (§ 2, *J. de cur.* ; Cf. *L. 1, C. qui pet. tut.*).

. Si minor conveniat debitorem , adhibere debet curatores , ut ei solvatur pecunia : cæterum non ei compelletur solvere (*Ulp. L. 7, § 2, de minorib.*).

Admone eam , quæ quondam pupilla tua fuit , cùm eam non tantum viripotentem esse , sed etiam nupsisse proponas , ut sibi petat curatorem. Quod si eum petere neglexerit : quo maturius possis rationem reddere administrationis , adito eo , cujus super ea re notio est , petere curatorem non vetaberis (*Gordian L. 7, C. qui pet. tut.*).

CHAP. II. DÉFENSEURS DONNÉS A RAISON DE LA FAIBLESSE OU DU
DÉRANGEMENT DES FACULTÉS INTELLECTUELLES.

Curatores aut legitimi sunt, id est, qui ex lege duodecim tabularum dantur : aut honorarii, id est, qui a Præ-tore constituuntur (1) (*Ulp. 12 frag. 1*).

Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse adgnatorum (*idem, 12 frag. 2*).

A Præ-tore constituitur curator quem ipse Præ-tor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona : his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri ; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit (*idem, 12 frag. 3*).

Divus Pius matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in hæc verba : *Non est novum quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit qui eos consilio regat : nam æquum est prospicere nos etiam eis qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum* (*Ulpian. L. 12, § 2, de tut. et curat. dat.*).

CHAP. III. DÉFENSEURS DONNÉS A RAISON DU SEXE.

PR.

Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt ge-

(1) Comme les curateurs donnés à raison de l'Age étaient toujours nommés ou du moins confirmés par le magistrat, nous avons cru de-

nera tutorum quæ potestate mulierum continerentur (*Cic. pro Mur. c. 12; Cf. Isid. Orig. XI, c. ult.*).

190. Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur (1); nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera : mulieres enim quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; sæpe etiam invitus auctor fieri a Prætoze cogitur. — 191. Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur : at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, *eis* post pubertatem tutelæ iudicio rationem reddunt. — 192. Sane patronorum et parentum legitimæ tutelæ (2) vim aliquam habere intelleguntur, eo quod hi, neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas, auctores fieri coguntur, præterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendæ interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque

voir réserver pour ce Chapitre II le texte d'Ulpien, quoiqu'il paraisse embrasser toutes les classes de curateurs.

(1) Voyez cependant le § d'Ulpien cité ci-dessus, pag. 100, et le § 145 de Gaius lui-même, pag. 102.

(2) Le § 144 de Gaius, ci-dessus cité (pag. 102), nous a déjà appris que les femmes même pubères pouvaient recevoir un tuteur par testament; il y a tout lieu de croire qu'un tuteur pouvait aussi leur être donné par le magistrat en vertu des lois *Atilia* ou *Julia et Titia*. Mais il paraît que les pouvoirs de ces deux espèces de tuteurs n'étaient pas les mêmes que ceux des tuteurs légitimes dont parle ici Gaius. Au contraire, ce que l'on dit ici de la tutelle du patron ou de l'ascendant, paraît applicable à la tutelle qui résultait de la qualité d'agnat, ainsi que nous allons le voir tout à l'heure.

alienatis pretiosioribus rebus susceptoque ære alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat (*Gaius, 1 Com.*).

ART. I. *Diverses espèces de tutelles des femmes.*

§ 1. *Tutelle testamentaire et tutelle optive.*

(Voyez ci-dessus, p. 102, les §§ 144, 145, 146, 147 et 149 de *Gaius*).

Uxori quæ in manu est, proinde ac filiæ, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest (*Gaius, 1 Com. 148*).

150. In persona tamen uxoris quæ in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare, hoc modo : *TITIÆ UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DO*. Quo casu licet uxori, vel in omnes res, vel in unam forte, aut duas, (*optare*). — 151. Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. — 152. Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus; angusta ita dari solet : *TITIÆ UXORI MEÆ DUNTAXAT TUTORIS OPTIONEM SEMEL DO*, aut *DUNTAXAT BIS DO*. — 153. Quæ optiones plurimum inter se differunt; nam quæ plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et sæpius tutorem optare: quæ vero angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest, si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. — 154. Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi (*idem. eod.*).

§ 2. *Tutelle des agnats.*

Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminæ agnatos habebant tutores; sed postea lex Claudia lata est, quæ, quod ad feminas attinet, *agnatorum* tutelæ sustulit. Itaque masculus qui

dem impubes fratrem puberem aut patrum habet tutorem; feminæ vero talem habere tutorem non *amplius possunt* (*eod.* 157).

Constitutione divæ memoriæ Constantini, lege Claudiâ sublatâ, pro antiqui juris auctoritate salvo manente adgnationis jure, tam consanguineus, id est, frater, quàm patruus, cæteri que legitimi, ad pupillarum (1) fœminarum tutelam vocantur (*Leo, L. 3, C. de leg. tut.* 469).

§ 3. Tutelle du patron.

(Voyez ci-dessus, à la pag. 107, le § 165 de *Gaius*).

§ 4. Tutelle du parent émancipateur, ou de tout autre manumissor.

(Voyez ci-dessus, même page, *Ulp.* 11 frag. 3 et *Gaius*, § 166, *Cf.* § 167).

.... Quæ.... facit coemptionem cum extraneo.... tutelæ evitandæ causâ, dicitur fiduciæ causâ fecisse coemptionem (*Gaius*, 1 *Com.* § 114).

Quod est tale : si qua velit quos habet tutores reponere ut alium nanciscatur..... coemptionem facit; deindè a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit et ab eo vindicta manumissa, incipit eum habere tutorem a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur.... (*ibid.* 115).

§ 5. Tutelle en vertu de la loi Attilia ou de la loi Julia et Titia.

Lex Attilia jubet mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a Præto et majore parte Tribunorum plebis..... (*Ulp.* 11 frag. 18).

• (1) Ce mot paraît être une interpolation de Tribonien ; car il n'est pas probable que la loi Claudia ait aboli la tutelle des agnats à l'égard des femmes impubères.

(Voyez en outre ci-dessus, pag. 108, les § 185, 186 et 187 de *Gaius*.)

§ 6. *Tutelle appelée Cessitia.*

168. *Agnatis, qui legitimi tutores sunt, item manumissoribus, permissum est, feminarum tutelam alii in iure cedere : pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.* § 169. *Is autem cui ceditur tutela, cessicius tutor uocatur.* § 170. *Quo mortuo aut capite deminuto, reuertitur ad eum tutorem tutela qui cessit. Ipse quoque qui cessit, si mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit, et reuertitur ad eum qui, post eum qui cesserat, secundum gradum in tutela habuerit.* § 171. *Set quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint (Cf. Ulp. 11, frag. 8).* § 172. *Sed fiduciarios quoque quidam putauerunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. Quod etsi placeat, in parente tamen qui filiam, neptemue, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur, et non minus huic, quam patronis, honor praestandus est (Gaius, 1 Com.).*

§ 7. *Tutelle ex senatusconsulto ou ex lege Julia.*

173. *Praeterea senatusconsulto mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum, alium petere : quo petito prior desinit; nec interest, quam longe aberit is tutor.* § 174. *Sed excipitur, ne in absentis patroni locum liceat libertae tutorem petere.* § 175. *Patroni autem loco habemus etiam parentem qui in sibi remancipatam filiam neptemue aut proneptem manumissione legiti-*

nam tutelam nactus est. Huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur : patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit. § 176. *Sunt tamen causae, ex quibus etiam in patroni absentis locum tutorem petere, ueluti ad hereditatem adeundam.* § 177. Idem Senatus censuit in persona pupilli patroni filii. § 178. Nam, *et lege Iulia de maritandis ordinibus* ei quae in legitimâ tutela pupilli sit, permittitur, dotis constituendae gratia a Praetore urbano tutorem petere. § 179. Sane patroni filius, etiamsi impubes sit, libertae quidem tutor, *at in nulla re auctor, fieri potest, cum ipsi nihil permissum sit sine tutoris auctoritate agere.* § 180. Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatusconsulto, dotis constituendae gratia, tutorem petere. § 181. Quibus casibus saluam manere patrono tutelam patronique filio manifestum est (*Gaius, 1 Com. Voyez en outre ci-dessus, pag. 110, le § 184*).

ART. II. *Causes de cessation particulières à la tutelle des femmes.*

(Voyez ci-dessus, pag. 102, le § 145 de *Gaius*, et *Cf. Ulp. 29 frag. 3*).

— 194. Tutela autem liberantur ingenuæ quidem trium liberorum (jure), licet in legitima tutela sint : nam et ceteræ quæ alterius generis tutores habent, velut Attilianos aut fiduciarios, trium liberorum jure liberantur. — 195. Potest autem pluribus modis libertina alterius generis (tutorem) habere, veluti si a femina manumissa sit ; tunc enim e lege Attilia petere debet tutorem, vel in provincia e lege Titia. . . . patronæ. . . . — Sed et cum a masculo manumissa (fuerit), et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit ; incipit autem habere eum

tutorem a quo manumissa est, qui fiduciarius dicitur. Item si patronus. . . . in adoptionem se dedit, debet sibi e lege Attilia vel Titia tutorem petere. Similiter ex iisdem legibus petere debet tutorem liberta, si patronus decessit *nec* ullum virilis sexus liberorum in familia relinquit. (*Gaius*, 1 *Com.*).

CHAP. IV. DÉFENSEURS DONNÉS A RAISON DE CERTAINES INFIRMITÉS.

. . . . et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt (§ 4, *J. de curat.*)

. . . . et muto, et surdo curator a Præatore dari poterit (*Ulp. L. 8, § 3, de tut. et curat.*).

CHAP. V. DÉFENSEURS DONNÉS A RAISON DE L'ABSENCE (1).

Ab hostibus (autem) captis postliminio reversis succurritur (2), aut ibi mortuis : quia nec procuratorem habere possunt; cum aliis suprâ scriptis etiam per procuratorem possit subveniri, præter eos qui in servitute detinentur. — Ego autem, etiam nomine ejus qui hostium potitus est, si curator (ut plerumque) fuerit bonis constitutus, auxilium competere existimo (*Ulp. L. 15 pp., ex quib. caus. maj.*).

Dum deliberant hæredes instituti adire, bonis à Præatore curator datur (*Ulp. L. 3, de curat. fur.; Cf. L. 48, de adm. et per. tut.*).

(1) Il faut se rappeler que par *absens* nous entendons tous ceux que des circonstances indépendantes de leur organisation (par exemple, une force extérieure) empêchent d'exercer leurs droits. Ce n'était pas, en général, au moyen de défenseurs que le Droit romain venait au secours des *absens*, cependant le texte d'Ulpien que nous citons (*L. 15, ex quib. caus. maj.*) prouve que ce mode de défense était admis en leur faveur, au moins dans quelques cas.

(2) *Restitutio in integrum.*

DEUXIÈME PARTIE.

DES CAUSES QUI EMPÊCHENT OU DISPENSENT QUELQU'UN D'ÊTRE
CONSTITUÉ DÉFENSEUR D'UNE PERSONNE NATURELLEMENT INCA-
PABLE.

CHAP. I. DES CAUSES D'INCAPACITÉ OU D'EXCLUSION (1).

Dicendum igitur primum est quos creari non oporteat
(*Modest. L. 1, § 3, ff. de excusat.*)

ART. I. *La circonstance qu'on a soi-même besoin
de défenseur (2).*

(Voyez toute notre *Troisième Division des Personnes*,
et ci-dessus, pag. 99, la *note 1*, pag. 104, la *L. 18 de tut.*,
et le § 2, *J. qui test. tut. dat. post.*)

ART. II. *S'il existe quelque cause particulière
de défiance.*

I^o.

*Volumus, si quis obligatum habuerit minorem aut ejus res (aut
etiam obligatus ei existat) hunc non omnino ad curationem ejus, vel
si a legibus vocetur, accedere (Nov. 72, c. 1, 558) (3).*

(1) Il est presque superflu de faire observer qu'avant tout, celui qui
doit être chargé des fonctions de *Défenseur* d'un citoyen romain, doit
être lui-même citoyen romain : *Tutela onus quasi publicum est.* (Voyez
L. 7, C. qui dare tut. et *L. 18, ff. de tut.*; *Cf. Ulp. 11, frag. 16.*)

(2) Nous ne disons pas : *Si on est soi-même naturellement incapable*,
car il est plus d'une *incapacité naturelle* qui n'exclut pas des fonctions
de *défenseur*, par exemple, la *cécité*, la *surdité*; il y a plus, les femmes,
qui recevaient elles-mêmes un défenseur à une certaine époque de la
législation romaine, ont plus tard été considérées comme habiles à
exercer la tutelle, sinon à l'égard de toutes personnes, au moins à
l'égard de leurs descendants (Voyez ci-dessus pag. 106, ce qui est dit
de la tutelle des mères ou aïeules, et ci-après, p. 123. le § 13, *J. de excus.*).

(3) Il en était autrement dans l'ancien Droit (*V. infra*, p. 126, la *L. 21*).

2^o.

Sed et si quis à parentibus prohibitus fuerit tutor esse, hunc neque creari oportet : et si creatus sit nec recusaverit, prohiberi eum esse tutorem, manente epitimia (id est, existimatione) (*Modest. L. 21, § 2, ff. de cur. dat.*).

Si mater sub hac conditione scripserit filios heredes, *Si soluti patris potestate fuerint* : solutis his, et propter hoc heredibus, ipse pater curator creari non poterit, etiamsi voluerit : ut non alia via hoc, quod noluit testatrix, fiat. Et hoc ita à divo Severo promulgatum est (*ibid. § 1*).

ART. III. *S'il importe à l'État qu'on ne soit pas distrait de certaines fonctions.*

Militiæ armatæ muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo, (etsi voluerit,) tutor vel curator fieri potest. Sed si errore ductus, res administraverit : negotiorum gestorum actione convenitur (*Philipp. L. 4, C. qui dare tut.*).

CHAP. II. DES CAUSES DE DISPENSE.

ART. I. *Causes de dispense communes aux diverses espèces de défenseurs (1).*

Excusantur autem tutores et curatores variis ex causis.... (*pr. J. de excusat.*).

(1) Il existait dans l'ancien Droit un moyen de dispense dont l'usage était assez fréquent : l'individu nommé tuteur, qui pouvait établir qu'un autre aurait dû raisonnablement lui être préféré, avait le droit de faire rejeter l'administration de la tutelle sur ce dernier. Il paraît qu'après avoir été restreint par diverses constitutions, ce mode de dispense tomba en désuétude, lorsqu'on eut admis beaucoup de causes de dispenses plus avantageuses (Voyez au surplus *Paul. 2 Sent. 28 § 1 et 2, et Pat. frag., § 157 et 167, de excus.*).

I^{re} CLASSE. *Excuses fondées sur la nécessité de proportionner les charges aux facultés de chaque personne.*

1^o.

Item, tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur, ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur (§ 5, *J. eod.*).

Est autem quando et qui tres habet tutelas vel curas, non habet jus remissionis : putà si quis affectaverit suscipere. Jam autem et tutor, qui modici patrimonii factus est, affectasse videtur (*L. 15, § 15, ff. de excusat.*).

2^o.

Paupertas sanè dat excusationem, si quis imparem se oneri injuncto possit probare : idque divorum fratrum rescripto continetur (*Ulp. L. 7, ff. eod.; Cf. § 6, J. eod.*).

3^o.

Si quis ita ægrotus fuerit, ut oporteat eum non omninò dimitti à tutela, in locum ejus curator interim dabitur : sanatus autem hic rursus recipiet tutelam.... (*Modest. L. 10, § 8, eod., Cf. J. § 7, eod.*).

Et non tantum ne incipiant, sed et a cœpta excusari debent (*Paul. L. 11, eod.; Cf. L. 12 pp. eod.*).

4^o.

De rusticis autem, et humilibus, et illiteratis, scribit Paulus ita : Mediocritas et rusticitas interdum excusationem præbent, secundum epistolas divorum Hadriani et Antonini. Ejus qui se neget litteras scire, excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum (*L. 6, § ult. ff. et § 8, J. eod.*).

5^o.

Item major septuaginta annis à tutela vel cura potest

se excusare (§ 13, *J. eod. V. Modest. L. 2, h. t.; Sever. et Anton. L. 1, C. qui ætat. se exc.*).

Silibertus impubes (1) dabitur à patrono tutor filiis suis, vel alius quicumque minor vigintiquinque annis : donec quidem impubes fuerit, non molestabitur : interim autem alter, in locum ejus, creabitur curator. Similis est huic et legitimus tutor, si impuberem esse contigerit : etenim in locum ejus curator interim dabitur (*Modest. L. 10, § 7, eod.*).

Minores autem 25 annis olim quidem excusabantur; nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare; adeo ut ne excusatione opus sit. Qua constitutione cavetur ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus : cum erat incivile, eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire (§ 13 *J. eod., Cf. L. ult. C. de legit. tut. 529*).

II^e CLASSE. *Excuses établies pour favoriser la population.*

Remittit à tutela vel curatoria et liberorum multitudo (2) (*Modest, L. 2, § 2, ff. de excusat.*).

Legitimos autem liberos esse oportet omnes, etsi non sint in potestate (*ibid. § 3*).

Si tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in Provinciis quinque, à tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum; nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt : in adoptionem autem dati, naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant; ex filia non prosunt. Filii autem

(1) Cujas croit que dans cette loi d'*impubes* et *tutor*, il faut lire *minor* et *curator*.

(2) L'excuse résultant d'un certain nombre d'enfans fut peut-être conservée dans le dernier état de la législation romaine, par un motif différent de celui qui l'avait fait établir.

superstitēs tantum ad tutelæ vei curæ muneris excusationem prosunt : defuncti autem non prosunt. — Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est an prosint? Et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur; hi enim qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur (*pr. J. eod.*).

III^e CLASSE. *Excuses admises comme récompenses de services publics.*

1^o.

Sed et milites qui honestè compleverunt militiæ tempus, remissionem habent tutelarum adversus omnes hominē privatos. Adversus autem filios eorum qui eidem ordini communicaverunt, et eorum qui olim milites fuerunt, intra annum quidem dimissionis remissionem habent, post annum autem non habent : cœqualitas enim honoris militiæ fortior videtur olim militum privilegio : nisi fortassis alias habuerint justas tutelæ excusationes : utputa numerum annorum, vel aliquid tale quale et privatos adversus omnes excusare consuevit. Hæc autem de filiis, non de nepotibus eorum qui olim milites fuerunt. Nepotes enim eorum qui olim milites fuerunt, in eodem loco cum reliquis privatis esse creduntur (*Modest. L. 8, pr. ff. eod.*).

2^o.

Jurisperitos qui tutelam gerere cœperunt, in consilium Principum adsumptos optimi maximique Principes nostri constituerunt excusandos : quoniam circa latus eorum agerent, et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet (*Papin. L. 30, ff. eod.*).

Item divus Marcus in Semestribus rescripsit, eum qui res fisci administrat, à tutela vel cura, quamdiu administrat, excusari posse (§ 1, *J. eod.*).

Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed susceptam tutelam deserere non possunt (§ 3, *eod.*; Cf. *L. 17, §§ 4 et 5, ff. h. t.*).

Grammatici, sophistæ, rhetores, medici qui περιόδευται, id est, circuitores vocantur, quemadmodum à reliquis muneribus, ita et à tutela et à cura requiem habent (*Modest. L. 6 § 1, ff. eod.*).

Est autem et numerus rhetorum, in unaquaque civitate, qui vacationem munerum habent, et hæreses quædam propositæ lege: quod manifestum est ex epistola Antonini Pii, quæ scripta quidem est communitati Asiæ, universo autem orbi conveniens est: cujus capitulum hîc subjectum est: *Minores quidem civitates possunt quinque medicos immunes habere, et tres sophistas, grammaticos totidem: majores autem civitates septem qui curent, quatuor qui doceant utramque doctrinam: maximæ autem civitates decem medicos, et rhetores quinque, et grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem civitas immunitatem præstat* (*ibid. § 2*).

4°.

Item qui reipublicæ causâ absunt, a tutela vel cura excusantur (*V. Mod. L. 10, h. t.*). Sed et si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicæ causa abesse cœperunt, a tutela vel cura excusantur quatenus reipublicæ causa absunt, et interea curator loco eorum datur (*V. Paul. L. 15, de tut. et cur. dat.*; *Gordian. L. 1, C. si tut. vel cur. reip. caus.*). Qui si reversi fuerint, onus tutelæ recipiunt, nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati (§ 2, *J. h. t.*; Cf. *Gordian. L. 2, C. eod.*; *Modest. L. 10, § 2, h. t.*).

5^o (1).

Eos qui in corporibus sunt, veluti fabrorum, immunitatem habere dicimus : etiam circa tutelarum exterorum hominum administrationem habebunt excusationem : nisi si facultates eorum adauctæ fuerint, ut ad cætera quoque munera publica suscipienda compellantur. Idque principalibus constitutionibus cavetur (*Callistrat. L. 17, § 2, ff. eod., Cf. § 3, eod.; Cf. etiam L. 26; L. 46, § 1; L. 41, § 3, eod.*).

IV^e CLASSE. *Excuses fondées sur les inconvénients qui pourraient résulter pour le défenseur, des soupçons auxquels il se trouverait exposé.*

1^o.

Propter litem quam quis cum pupillo habet, excusare se à tutela non potest : nisi fortè de omnibus bonis, aut plurima parte eorum, controversia sit (*Marcian. L. 21, pp. ff. eod.; Cf. § 4, J. eod.*).

Ampliùs autem absolvitur à tutela, cùm quæstionem quis pupillo de statu movet; cùm videtur hoc non calumnia facere, sed bona fide. Et hoc divi Marcus et Severus promulgaverunt (*Modest. L. 6, § 18*).

2^o.

Dat remissionem tutelæ et capitalis inimicitia a creato facta adversùs patrem pupillorum, nisi secundùm testamentum apparuerit datus tutor : nisi postquam scriptum est testamentum, capitale certamen eis ad invicem constitit : vel nisi antiquior quidem est testamento inimicitia. propter hoc autem videtur esse datus tutor, ut suppo-

(1) Peut-être cette dernière espèce d'excuses appartient-elle plutôt à la première classe de dispenses (V. ci-dessus pag. 122).

natur debito, et negotiis. Et hoc ex epistola imperatoris Severi ostenditur (*ibid.* § 17).

V^e CLASSE. *Excuses fondées sur l'inégalité de conditions.*

Libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores Præsides non dabunt, nisi omnimodò libertinorum penuria secundùm locum illum sit: libertinis enim libertinos solos oportere dari qui ex eodem loco sint, oratio divi Marci jubet. Si autem dabitur, divus Severus, impuberum curam habens, obligatum esse tutelæ, nisi justè rationes reddiderit, rescripsit (*Modest. L. 1, § 4 eod.*).

Si quis autem tutor vel curator fuerit non senatoris, vel aliter non in dignitate positi, deinde postea fiat senator, continuò absolvetur à sollicitudine. Si autem liberi, quorum tutelam aut curam administrabat, erant senatores, non absolvetur à tutela aut cura (*L. 15, § 3 eod.*).

ART. II. *Excuses particulières à la curatelle des mincurs.*

Curator adultis nominatus quorum tutor antea fueras, invitatus in administratione teneri non potes (*L. 20, C. de excusat.*).

Iidem (Severus et Antoninus) rescripserunt, maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat (§ 19, *J. eod.*; *V. Papin. L. 14, de cur. fur.*; *Alex. L. 2, C. qui dar. tut.*).

ART. III. *Dans quel délai et dans quelles formes les excuses doivent être proposées.*

Multa verò observari oportet ut concedatur tutores vel curatores causas remissionis tribuere.... (*Modest. L. 13, § 1, ff. eod.*).

Qui autem excusare se volunt, non appellanti, sed,

intra quinquaginta dies continuos ex quo cognoverint se esse tutores vel curatores datos, se excusare debent : cujuscunque generis sint, id est, qualitercunque dati fuerint tutores : si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti milium diurnorum, et amplius triginta dierum : qui tamen (ut Scævola dicebat) sic debent computari, ne minus sint quam quinquaginta dies (§ 16, *J. eod.*; *Cf. Modest. L. 13, §§ 1 et 2 ff. eod.*).

Qui se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora constituta non prohibetur (§ 16, *J. eod. Cf. Marcian. L. 21, § 1, h. t.*).

TROISIÈME PARTIE.

DES CAUSES QUI METTENT FIN AUX FONCTIONS DE DÉFENSEUR D'UN INCAPABLE.

ART. I. *La mort, la grande et la moyenne diminution de tête, soit de l'incapable, soit du défenseur.*

(Voyez *Sup.* pag. 20 à 22).

ART. II. *Lorsque vient à cesser l'incapacité qui avait nécessité la nomination d'un défenseur.*

(Voyez toute notre *Troisième Division des Personnes.*)

ART. III. *Certaines excuses survenues depuis la nomination.*

Sunt et alii qui, etsi jam sint tutores vel curatores, continuo tamen de reliquo absolvuntur à sollicitudine : puta.... (*Modest. L. 12, § 1, ff. eod.*) :

I.

Qui domicilium alio transtulerunt ex rescripto Impera-

toris scientis quidem tutorem esse eum, transmigrare autem expressim ei concedentis et horum alterutrum litteris significantis (*ibid.*).

2.

Planè si in exilium datus sit tutor, potest se excusare, si in perpetuum datus est (*Marcian. L. 29, eod.*).

Tutorem ad tempus exulare jussum excusare non oportet : sed per tempus exilii (1) curator in locum ipsius debet dari (*Papin. L. 28, § 2, eod.*).

3.

Post susceptam tutelam cæcus aut surdus aut mutus aut furiosus aut valetudinarius deponere tutelam potest (2). (*Paul. L. 40, eod.; Cf. L. 10, § 8 et L. 11, cit. sup. p. 122.*)

4.

Qui primumpilum explevit, si cùm tutelam suscepisset unius filii, rursus in militares necessitates assumptus erit, deponet sollicitudinem tutelæ (*Modest. L. 10, § 5, eod.*).

ART. IV. *La destitution prononcée par le magistrat contre le défenseur inhabile ou prévaricateur.*

....quotidiè suspecti tutores postulantur (*Ulp. L. 1, pr. ff. de suspect. tut.*).

Primùm igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen, et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator : deindè quis, et à quo, et ex quibus causis removetur ; deque pœna suspecti (3) (*ibid. § 1*).

(1) *Exilium* est pris, dans ces deux textes, pour *relegatio*, *Cf. sup. p. 20.*

(2) La maladie n'excuse quelquefois que temporairement, et la folie ne donne lieu qu'à la nomination d'un curateur par *interim* (*Voyez V. L. 12, pp. eod.*).

(3) Nous n'avons pas suivi tout-à-fait l'ordre proposé par Ulpien.

§ 1. *Quelle loi sert de base au procès en destitution.*

Sciendum est, suspecti crimen è lege duodecim tabularum descendere (*ibid.* § 2).

§ 2. *Quelles causes font encourir la destitution.*

Nunc videamus ex quibus causis suspecti removeantur. Et sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si fortè grassatus in tutela est, aut sordidè egit, vel perniciosè pupillo, vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus jam tutor. Quòd si quid admisit, antè tamen admisit quàm tutor esset, quamvis in bonis pupilli, vel in tutela, non potest suspectus tutor postulari : quia delictum tutelam præcessit. Proindè si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatæ hereditatis crimine : si minùs, furti (*Ulp. L. 3, § 5, eod.*).

Suspectus fieri is quoque qui satis dederit, vel nunc offerat, potest : expedit enim pupillo rem suam salvam fore quam tabulas rem salvam fore cautionis habere (*Ulp. L. 5, eod.*).

Qui ob segnitiem vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem vel ineptiam remotus sit, in hâc causa est ut integra existimatione tutela vel cura abeat. Sed etsi quis ob fraudem non removerit aliquem, sed ei adjunxerit, non erit famosus : quia non est abire tutela jussus (*Ulp. L. 3, § 18, eod.*)

Novissime sciendum est, eos qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse a tutela (*V. Ulp. L. 5, h. t.*), quia satisfactio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius

grassandi in re familiari facultatem præstat (§ 12, *J. eod.*; *Cf. Callistr. L. 6, h. t.*).

Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, (qui), quamvis pauper, est fidelis et diligens, removendus non est quasi suspectus (§ 13, *J. eod.*; *Cf. Ulp. L. 8, h. t.*).

Si quis tutor copiam sui non faciat ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur (*Ex Ulp. L. 7, § 2, h. t.*). Ergo ut suspectus removeri poterit qui non præstat alimenta (§ 9, *J. eod. V. Ulp. L. 3, § 14, h. t.*).

Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum urbis puniendum placuit: sicut ille remittitur qui data pecunia ministerium tutelæ redemerit (§ 10, *J. eod. Ex. Ulp. L. 3, § 15, h. t.*).

§ 3. *Devant quels magistrats se poursuit la destitution.*

Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori, et in provinciis Præsilibus earum, et Legato proconsulis (§ 1, *J. de suspect. tut.*).

§ 4. *Cette poursuite peut-elle être dirigée contre toutes les classes de tuteurs.*

Ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere; nunc videamus qui suspecti fieri possunt. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sint sed alterius generis tutores. Quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc erit idem dicendum: dummodo meminerimus famæ patroni esse parcendum (*Ulp. L. 1, § 5, h. t.*), licet ut suspectus remotus fuerit (§ 2, *J. eod.*).

§ 5. *Qui peut intenter l'accusation ?*

Consequens est, ut videamus qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur (ex rescripto divorum Severi et Antonini), sed eæ solæ quæ, pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt; ut puta mater, nutrix quoque, et avia: potest et soror. Sed et si qua alia mulier fuerit, quam Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam, non sustinere injuriam pupillorum: admittet eam ad accusationem (*ibid.* § 3).

Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere, et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt (*ibid.* § 4).

§ 6. *Effets de l'accusation.*

Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicatur ei administratio, ut Papiniano visum est (§ 7, *J. eod.*).

§ 7. *Suites de la destitution.*

Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non æque (§ 6, *J. eod.*; Cf. *L. 9, C. eod.*)

§ 8. *Comment s'éteint cette poursuite.*

Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguatur suspecti cognitio (§ 8, *eod.*; Cf. *Ulp., L. 15, § 1, de solut.*).

TITRE SECOND.

DES INDIVIDUS QUI SERVENT DE DÉFENSEURS A DES PERSONNES
NATURELLEMENT INCAPABLES AUTRES QUE LES CITOYENS
ROMAINS PÈRES DE FAMILLE (1).

ART. I. *Défenseurs des Fils de famille.*

..... qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur (§ 10, *J. de inut. stipul*; Cf. *Gaius*, L. 141, § 2, *de verb. obl.*).

Puto..... filiumfamilias in castrensi peculio pertinere ad..... Edictum (*Paul. L. 13, § 1, ex quib. caus.*).

Cum furiosus quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum quæ ex castrensi peculio vel aliter ad eum pervenerunt, et vel (antè furorem) ei acquisitæ sunt vel in furore obveniunt, vel in his quorum proprietas ei tantummodo competit, paterna verecundia. Quis enim talis affectus extraneus inveniatur ut vincat paternum, vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas, parentibus derelictis? Licet Tertullian. juris antiqui interpretes, lib. sing. quem *de castrensi peculio* condidit, tali tractatu proposito, videatur obscure eandem attingere sententiam, nos tamen hoc appertissime introduximus (*Justinian., L. 7, C. de curat. fur.*).

ART. II. *Défenseurs des Étrangers proprement dits.*

Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum jure contingit; quia id naturali rationi conveniens

(1) Il faut appliquer à ce *Titre* l'observation énoncée ci-dessus à la page 99, à l'occasion du *Titre premier*.

Du reste, ce *second Titre* se subdivise naturellement en trois parties, suivant que les individus frappés d'incapacité naturelle et dont il n'a

est, ut is qui perfectæ ætatis non sit (1), alterius tutela regatur; nec fere ulla civitas est, in qua non liceat paren-

pas été question dans le *Titre* précédent, sont : 1^o des Fils de famille ou autres citoyens romains *alieni juris* ; 2^o des Étrangers ; 3^o des Esclaves. — Mais il faut remarquer que c'est surtout pour l'exercice du droit de propriété ou du droit de contracter, que les personnes naturellement incapables ont besoin de défenseurs ; or, les Esclaves n'ont, de leur chef, ni l'un ni l'autre de ces droits (*Voyez* § 4, *J. de inut. stip.*) ; (quant à l'influence des incapacités naturelles sur leur qualité d'agent ou représentant, elle a dû être expliquée dans la *Section* précédente). — La même observation s'applique en partie, surtout dans l'ancien droit, aux Fils de famille ou autres citoyens *alieni juris*. — Quant aux droits attachés à la qualité de la personne (tel que le droit de *conservation*), dont les Fils de famille et les Esclaves jouissent, sinon vis-à-vis de leurs maîtres ou pères de famille, au moins vis-à-vis des tiers, les actions auxquelles la violation de ces droits peut donner naissance (et jusqu'à cette violation il ne peut être question de défenseurs pour leur exercice), sont données aux maîtres ou pères de familles à titre de propriétaires : ils revendiquent les personnes soumises à leur puissance, ou bien ils exigent des dommages-intérêts de ceux qui leur ont nui, comme s'il s'agissait de tout autre objet compris dans leur fortune. — Il y a néanmoins lieu de s'étonner que, depuis l'introduction des pécules et surtout des pécules (castrense ou quasicastrense et adventif) des Fils de famille, l'attention des jurisconsultes romains ne se soit pas portée davantage sur l'hypothèse où les personnes *alieni juris*, ayant des intérêts opposés à ceux de leurs maîtres ou pères de famille, ou du moins des intérêts différens, se trouvaient atteintes d'incapacité naturelle. Nous avons déjà vu dans la *Section* précédente un texte (§ 9, *J. de inut. stip.*) d'où l'on peut induire que les Pères de famille servaient de tuteurs à leurs Fils de famille lorsque ceux-ci avaient des intérêts différens ; nous donnons ici une constitution de Justinien beaucoup plus expresse, pour le cas où il s'agit d'un Fils de famille en démence. Mais *quid*, si les intérêts se trouvent opposés ? — Pour ce qui concerne les Étrangers, nous n'avons pas besoin de rappeler ici la cause, déjà indiquée plusieurs fois, du petit nombre de textes que nous allons citer.

(1) Ce passage aurait pu être placé dans notre *Troisième Division*, pour prouver que les Étrangers reconnaissaient, comme les Romains, les incapacités provenant du défaut d'âge ; ici il est destiné à prouver deux choses : 1^o que chez les Étrangers comme à Rome on venait au

tibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare : quamvis , ut supra diximus , soli cives romani videantur tantum liberos in potestate habere (*Gaius* , 1 *Com* 189).

Apud Peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminæ , sed tamen plerumque quasi in tutela sunt , ut ecce lex Bithynorum , si quid mulier.... maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem (*Gaius* , 1 *Com* 193).

(*Tutela finitur si pupillus in eam*) ætatem pervenerit in qua res suas tueri possit ; idem apud peregrinas gentes custoditur (*Gaius* , 1 *Com* 197).

ART. III. Défenseurs des Affranchis soit Latins soit Déditices.

Set Latinarum et Latinorum (1) impuberum..... ad.... pertinet , sed ad eos , quorum ante manumissionem ex iure Quiritium (*fuerunt* ; unde si ancilla ex iure Qui-

secours de certains incapables en leur donnant un tuteur ; 2° que la tutelle testamentaire était admise chez presque tous les peuples anciens.

(1) Nous avons cité , à la page 103 ci-dessus , un texte d'Ulpien qui semble dire d'une manière générale qu'un Latin ne peut être donné tuteur par testament. Ce texte ne se rapporte évidemment qu'à la question de savoir si l'affranchi Latin (*Latinus Junianus*) peut être nommé tuteur d'un citoyen romain ; nous ne l'invoquerons donc pas pour prouver qu'un Latin Junien ne peut avoir un tuteur testamentaire. Mais nous demanderons par qui ce tuteur pourrait être nommé ? — Nous croyons devoir citer ici un autre fragment d'Ulpien qui , sous quelque rapport , paraît en opposition avec celui dont nous venons de parler :

Latinus Junianus , item is qui Dedititiorum numero est , testamentum facere non potest : *Latinus* quidem , quoniam nominatim lege Junia prohibitus est , is autem qui Dedititiorum numero est , quoniam , nec quasi Civis Romanus testari potest ; cum sit Peregrinus , nec quasi Peregrinus , quoniam nullius certæ civitatis civis est , ut adversus leges civitatis suæ testetur (*Ulp.* 20 frag. 14).

ritium) tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te, manumissa, Latina fieri potest, et bona eius ad me pertinent tutela tibi competit: nam ita lege Iunia cauetur. itaque si ab eo, cuius et in bonis et ex iure Quiritium ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eundem et bona et tutela pertinet (*ibid.* 167; *Cf. id.* 3, *Com.* 43, et *Ulp.* 11, *frag.* 19.)

..... Lex Pappia Poppea.... Libertas quatuor liberorum jure, tutela patronorum liberavit (*Ulp.* 29, *frag.* 3, *Cf. Gaius*, 3 *Com.* 44).

Lex Iunia tutorem fieri jubet Latinæ (1) vel Latinis impuberibus eum cujus etiam antè manumissionem ex jure Quiritium fuit (*Ulp.* 11, *frag.* 19).

SECTION III.

DES INDIVIDUS QUI REPRÉSENTENT OU DÉFENDENT DES PERSONNES NATURELLEMENT CAPABLES (2) ET A LA PUISSANCE DESQUELLES ILS NE SONT PAS SOUMIS.

PR.

Ex his apparet (3) per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus, neque bona fide posside-

(1) Ne semble-t-il pas résulter de ce texte que la tutelle des femmes avait lieu à l'égard des Latins *Juniens*; tandis qu'on peut conclure du § 193 de *Gaius*, qu'elle n'avait pas lieu chez les véritables Latins.

(2) Ces personnes peuvent être d'ailleurs des Fils de famille, des Étrangers, ou même des Esclaves (*V. L.* 57, *de judic.*).

(3) Ce § fait suite à ceux qui expliquent comment on peut acquérir par des esclaves ou des fils de famille: il était en effet naturel que les Romains, ayant des fondés de pouvoirs ou agens *légaux*, je dirai même *nécessaires*, dans leurs esclaves et leurs fils de famille, n'eussent pas senti le besoin d'en trouver d'autres, soit parmi les personnes *sui juris*, soit parmi les esclaves ou les fils de famille d'autrui.

mus, item per alienos seruos, in quibus neque usumfructum habemus, neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis *adquiri posse. et hoc est, quod dicitur*, per extraneam personam nihil *adquiri posse* (*Gaius, 2 Com. 95; Cf. § 5, J. per quas pers.*).

§ 1.

Excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus sed et ignorantibus *adquiri possessionem*, secundum divi Severi constitutionem; et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non fuit (*Ex J. § 5, per quas pers.; Cf. Ulp. L. 20, § 2, de adq. rer. dom., et Sever. et Anton. L. 1, C. de adq. vel amitt. poss.*).

..... Quæritur anne (1). nobis *adquiratur* (*Gaius, eod.*).

..... Sed per procuratorem *adquiri nobis possessionem posse*, utilitatis causa receptum est (*Paul. 5 Sent. 2, § 2*).

§ 2.

Homo liber hereditatem nobis *adquirere non potest*..... (*Modest. L. 54, ff. de adq. rer. dom.*)

..... Trebatius, si liber homo bona fide serviens, jussu ejus cui serviet, hæreditatem adiisset, hæredem ipsum fieri; nec interesse quid senserit, sed quid fecerit.

(1) Il paraît qu'on peut remplir ainsi la lacune après les mots *adquiri posse*: *excepta forte possessione; de ea enim quæritur anne per liberam personam nobis adquiratur*. Il est probable que cette exception, que la *L. 1, C. de adq. poss.* nous dit avoir été admise *utilitatis causa* (mais qu'on justifie bien mieux lorsqu'on la déduit de la notion exacte du fait de *possession*), n'était pas encore généralement reconnue du temps de Gaius.

Labeo contra, si ex necessitate id fecisset; quod si ita ut et ipse vellet, ipsum fieri hæredem (*Pompon. L. 19, ff. de adq. rer. dom.*).

Qui bona fide servit, si quasi jussu domini adierit; non obligatur (*Paul. L. 74, § 2, de adq. vel omit. hæred.*).

§ 3.

Quæcunque gerimus, cum *ex nostro* contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideò neque stipulari, neque emere-vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus (*Paul. L. 11, ff. de obligat.; Cf. L. 126, ff. de verb. oblig.*).

Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest (*Scævola, L. 73, § 4, ff. de R. J.*).

Alteri stipulari nemo potest, præterquam si servus domino, filius patri, stipuletur. Inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest. Cæterùm, ut alii detur nihil interest mea.—Planè si velim hoc facere, pœnam stipulari convenit: ut, si ita factum non sit ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis (*Ulp. L. 38, § 17, ff. de verb. obligat.*).

Si procuratori præsentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem *utilem* domino competere nemo ambigit (*Ulp. L. 79, de verb. oblig.*).

§ 4.

Nemo alieno nomine lege agere potest (*Ulp. L. 123, de R. J.*).

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno (1) : alieno ueluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio (2); cum olim, *quamdiu..... legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, (nisi) pro populo et libertatis causa* (*Gaius, 4 Com. 82*).

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio : cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare (3). Nam et morbus, et ætas, et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ, sæpe impedimento sunt quominus rem suam exsequi possint (*Pr. J. de iis per quos ag. poss., Cf. Ulp. L. 123, ff. de R. J. et id. L. 1, § 2, ff. de pr.*).

(1) Il paraît que le principe, qu'un homme sui juris ne peut acquérir des droits ou imposer des obligations qu'à soi même, et ne peut exercer que ses propres droits, reçut exception dans la matière des actions bien long-temps avant qu'il souffrit la moindre modification dans toutes les autres matières.... Cela vient de ce que : 1^o les esclaves qui représentaient leurs maîtres toutes les fois que ceux-ci ne pouvaient s'occuper eux-mêmes de leurs affaires, n'étaient pas en général admis à se présenter en justice (*V. L. 53 de judiciis*) : 2^o d'un autre côté, plusieurs personnes, telles que les femmes, qui pouvaient exercer toute autre espèce de droits, étaient également écartées du tribunal du magistrat, ou de l'audience du juge.

(2) Quant aux tuteurs et curateurs, voyez la Section précédente.

(3) Peut-être Tribonien, en empruntant ce passage à un jurisconsulte ancien, a-t-il substitué le mot *procuratores* au mot *cognitores*.

CHAP. I. DE CEUX QUI POSTULENT POUR AUTRUI (ADVOCATI) ET DES COGNITORES (1).

Postulare est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere (*Ulp. L. 1, § 2. de postul.*).

..... tres fecit (Prætor) ordines : nam quosdam in totum prohibuit postulare : quibusdam (vel) pro se per-

(1) On ne rencontre le mot *Cognitor* dans aucun passage des compilations de Justinien. Le monument le plus récent dans lequel il soit fait mention des *Cognitores* est une constitution de Théodose et de Valentinien, promulguée en 424 (*L. 7, C. Th. de cognitorib.*). Toutefois il paraît que déjà à cette époque on commençait à ne plus mettre de différence entre le *Cognitor* et le *Procurator ad litem* (*V. inf. pag. 142*). — Dans l'origine il y avait eu de grandes différences entre ces deux espèces de défenseurs ; nous n'en signalerons ici que quelques unes : 1^o le *Cognitor* était du droit civil, le *Procurator* du droit des gens ; 2^o le *Cognitor* était constitué au moyen de paroles solennelles et en présence de l'adversaire, tandis que le simple *Procurator ad litem* pouvait être constitué, en termes quelconques, par lettre, etc., et en l'absence de l'adversaire, sans qu'il fût même nécessaire que celui-ci eût connaissance de la constitution ; 3^o le *Procurator* était tenu de donner caution, le *Cognitor* ne l'était pas ; 4^o le *Procurator* pouvait être nommé à terme ou sous condition, le *Cognitor* devait être nommé purement et simplement, etc. — Ces différences s'effacèrent sans doute lorsque sous les successeurs d'Alexandre Sévère, le droit civil commença à perdre ses caractères distinctifs et à se fondre dans le droit des gens. A cette tendance générale, qu'on observe dans toutes les matières du Droit, et qui exerça aussi son influence sur l'institution des *Cognitores*, on peut ajouter l'abolition des formules solennelles. — Les *Cognitores* étant donc tombés en désuétude long-temps avant le règne de Justinien, Tribonien ne manqua pas, en s'emparant des passages de jurisconsultes où il était fait mention des *Cognitores*, de substituer à ce mot celui de *Procuratores* : on ne peut douter de cette substitution dans les fragments, assez nombreux, où nous rencontrons ces expressions : *verus Procurator*, *præsentis Procurator* (Voyez *L. 7, L. 40, § 2, de procuras et L. 79, de verb. oblig.*).

misit : quibusdam et pro certis duntaxat personis et pro se permisit (*Ulp. L. 1. § 1, de postulando.*).

Secundo loco (1) Edictum proponitur in eos qui pro aliis ne postulent prohibentur, in quo Edicto exceptit Prætor sexum et casum ; item notavit personas turpitudine notabiles.... (*d. L. 1, § 5.*) (2).

..... Sed est æquissimum, si tutelam vel curam hujusmodi personæ administrent, postulare eis, pro his quorum curam gerunt, concedi (*d. L. 1, § 6.*)

Si quis advocationem præstare fuerit prohibitus, si quidem apud se, ut solent facere, tempore magistratus sui, puto eum postea apud successorem ejus adesse posse (*Ulp. L. 6, § 1, eod.*).

Cognitor est qui litem alterius suscipit coram eo cui datus est (*Festus, V^o cognitor.*).

Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat : QUOD EGO A TE VERBI GRATIA FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIVUM TIBI COGNITOREM DO ; adversarius ita : QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLIUM MAVIUM COGNITOREM DO. Potest, ut actor ita dicat : QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO ; adversarius ita : QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. nec interest, præsens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris (*Gaius, 4 Com. 83.*)

— 1. Omnes infames qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.
— 2 Feminae in rem suam cognitoriam operam suscipere

(1) Dans son premier chef l'Edit indiquait les personnes qui ne pouvaient postuler ni pour autrui, ni pour elles-mêmes, savoir les mineurs de dix-sept ans, les sourds, etc. (*V. L. 1, § 3, de postul.*).

(2) Ce n'était pas la seule exception (*V. L. 1, § 8 et 11, eod.*).

non prohibentur. — 3. In rem suam cognitor procuratorve ille fieri potest, qui pro omnibus postulat. (*Paul. 1 Sent. 2.*)

CHAP. II. DES PROCURATORES (1).

Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possint vel agere, vel conveniri (*Ulp. L. 1, § 2, ff. de procurat.*).

Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res administrandas, datur (*Paul. 1 Sent. 3, § 2.*)

ART. I. Des Procuratores ad litem.

..... Procurator autem absentis nomine auctor fit (*Festus, V^o Cognitor. loc. sup. cit.*).

§ 1. Comment on les constitue.

Procurator uero nullis certis uerbis in litem constituitur; sed ex solo mandato, et absente, et ignorante adversario, constituitur. Quinetiam sunt qui putant, *uel eum* procuratorem uideri, cui non sit mandatum, si modò bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum; igitur etsi non habeat mandatum, *agere tamen posse*, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur (*Gaius, 4 Com. 48; Cf. Paul. 1 Sent. 3, 1.*)

Item et ad litem futuram, et in diem, et sub conditione, et usque ad diem, dari potest procurator (*Ulp. L. 3, ff. de procurat.*).

Et in perpetuum (*Paul. L. 4, eod.*).

(1) Les *procuratores* s'appelaient aussi quelquefois *defensores*.

..... Defendere (1) quis sive libertus sive extraneus sit, sine mandato potest... (*Alexand. L. 12, C. eod.*).

Filius etiamsi ultro actionem patris nomine dirigat, mandatum probare non cogitur (*ibid.*)

Maritus citrà mandatum in rebus uxoris, cum solemnî satisfactio et alia observatione, intercedendi liberam habeat facultatem. . . . Sin autem mandatum suscepit, licet maritus sit, id solum exequi debet quod procuratio emissa præscripserit (*Constant. L. 21, C. eod.*).

§ 2. Pour quels procès.

Pomponius scribit non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere (*Ulp. L. 40, eod.*).

Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest : is autem qui eam movet procuratorem dare non potest (*Paul. L. 5, ff. de popul. actionib. et L. 45, § 1, et L. 42, § 1, ff. de procurat.*).

§ 3. Qui peut nommer un procurator.

Cum quæretur, an alicui procuratorem habere liceat, inspiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare : quia hoc Edictum prohibitorium est (*Paul. L. 43, § 1, eod.*).

Servum quoque, et filiumfamilias, procuratorem posse habere aiunt : et quantum ad filiumfamilias, verum est : in servo subsistimus : et negotia quidem pecuniaria servi posse gerere aliquem, et hoc casu procuratorem ejus esse, admittimus : quod et Labeoni videtur : actionem autem intendere vetamus (*Ulp. L. 33, eod.*).

(1) Peut-on induire de là, à *contrario*, qu'il faudrait justifier d'un mandat en demandant ? Oui, sauf quelques exceptions dont nous donnons ici les deux principales.

§ 4. *Qui peut être nommé Procurator.*

Neque femina, neque miles, neque qui reipublicæ causa abfuturus est, aut morbo perpetuo tenetur, aut magistratum initurus est, aut invitus iudicium pati non potest, idoneus defensor intelligitur (*Paul. L. 54, ff. eod.*).

Milem nec pro patre, vel matre, vel etiam uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri oportet; cum neque defensionem alienam suscipere vel redimere negotia, vel quasi suffragatorem accedere, utilitate publicâ permittatur (*Alex. L. 7, C. eod.*).

Reum criminis constitutum, defensionem causæ suscipere non posse antequàm purget innocentiam suam, incognitum non est (*idem. L. 6, C. eod.*).

Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in iudiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus : ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proleatur (*Just. § ult. J. de except.*).

Filiusfamilias et ad agendum dari procuratorem potest si quæ sit actio qua ipse experiri potest.... Non solum si castrense peculium habeat, sed et quivis filiusfamilias; ut puta injuriam passus debet ad injuriarum actionem, si forte neque pater præsens sit, nec patris procurator velit experiri (*Ulp. L. 8, pp. de proc.*).

§ 5. *Comment cessaient les fonctions de Procurator.*

Julianus ait, eum, qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando priorem prohibuisse (1) videri. (*Ulp. L. 31. § 2, eod.*)

(1) *A fortiori* aura-t-on le droit de révoquer expressément.

Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino iudicium accipiendi (*Paul. L. 16, eod.*).

Post litem autem contestatam reus, qui procuratorem dedit, mutare quidem eum, vel in se litem transferre a vivo procuratore vel in civitate manente, potest : causa tamen priùs cognita (*Ulp. L. 17, eod.*).

Non solùm autem ipsi qui dedit procuratorem, hoc permittitur; sed etiam heredi ejus, et cæteris successoribus (*ibid.* § 1).

ART. II. Des *Procuratores ad negotia*.

Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.

Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, constitutus vel coram, vel per nuncium, vel per epistolam : quamvis quidam (ut Pomponius libro vicesimoquarto scribit) non putent unius rei mandatum suscipientem, procuratorem esse : sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuncium perferendum suscepit, propriè procurator appellatur : sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus sit (*Ulp. L. 1, § 1, ff. de procurat.*).

CHAP. III. DE CEUX QUI GÈRENT LES AFFAIRES D'AUTRUI SANS MANDAT.

Ait Prætor : si quis negotia alterius, sive quis negotia quæ cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo (*Ulp. L. 3, pr. ff. de neg. gest.*).

Hoc Edictum necessarium est : quoniam magna utilitas absentium (1) versatur ne indefensi rerum possessionem

(1) Il paraîtrait résulter de ce texte que les *negotiorum gestores* ne

aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenæ committendæ actionem, vel injuria rem suam amittant (*Ulp. L. 1, eod.*).

..... Mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur (*Ulp. L. 3 § 1, eod.*).

CHAP. IV. DES INSTITORES.

Institor appellatus est ex eo quòd negotio gerendo instet..... (*Ulp. L. 3, ff. de inst. act.*).

Institor est qui tabernæ locove, ad emendum vendendumve, præponitur; quique sine loco ad eundem actum præponitur (*Paul. L. 18, eod.*).

..... nec multum facit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi (*Ulp. L. 3, eod.*).

Cuicumque igitur negotio præpositus institor recte appellabitur (1) (*Ulp. L. 5, eod.*).

Parvi autem refert quis sit institor masculus : an femina : liber an servus : proprius vel alienus. Item, quisquis præposuit : nam et si mulier præposuit, competet institoria, exemplo exercitoria actionis. Et si mulier sit præposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filiafamilias sit vel ancilla præposita, competit institoria actio (*Ulp. L. 7, § 1, eod.*).

Pupillus autem institor obligat eum qui eum præpo-

défendaient que les personnes naturellement incapables, et que par conséquent nous aurions dû en parler dans notre 2^e Section et non dans la présente ; mais un grand nombre d'autres textes prouvent que pour donner effet aux actes du *negotiorum gestor*, on n'exigeait pas la preuve de l'incapacité de la personne dont il avait géré les affaires.

(1) On trouve dans le titre de *Institoria actione*, au Digeste, un grand nombre d'exemples d'*Institores* : les textes cités ici suffisent au but que nous nous sommes proposé dans cet ouvrage.

suit, institoria actione : quoniam sibi imputare debet, qui eum præposuit (*ibid.* § 2).

Nam et plerique pueros, puellasque tabernis præponunt (*Gaius, L. 8, eod.*).

..... qui præposuit tenebitur ipsa præpositione (*Ulp. L. 11, § 2, eod.*).

Æquum Prætori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri. (*Ulp. L. 1, eod.; Cf. Paul. 2 Sent. 7, § 1.*)

Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum qui præposuit; sed ita, si ejus rei gratia cui præpositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad quod eum præposuit (*Ulp. L. 5, § 11, eod.*).

CHAP. V. DES EXERCITORES.

Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum (*Ulp. L. 1, § 15, ff. de exercit. act.*).

Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est (*ibid.* § 1.)

Navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit (*ibid.* § 6.)

Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit an mulier, paterfamilias an filiusfamilias, vel servus : pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem (*ibid.* § 16.)

Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit : quòd cum magistro ejus gestum erit, in eum in cujus potestate is erit qui navem exercuerit, judicium datur (*ibid.* § 19.).

In potestate autem accipiemus utriusque sexus, vel filios vel filias, vel servos vel servas (*ibid.* § 21, *Cf. Paul. 2 Sent. 6.*)

Licet autem detur actio in eum cujus in potestate est qui navem exercet; tamen ita demum datur (*actio in solidum*) si voluntate ejus exerceat..... (*ibid.* § 20.)

Sed si sciente duntaxat, non etiam volente, cum magistro contractum sit; utrum quasi in volentem damus actionem in solidum, an verò exemplo TRIBUTORIÆ dabimus? In re igitur dubia melius est verbis Edicti servire, et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare, neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. Et ita videtur Pomponius significare: si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari; sin minus, in peculium (*ibid.* § 20.)

LIVRE SECOND,

CORRESPONDANT A LA PRESQUE TOTALITÉ DES LIV. 2, 3 ET 4 DES INSTITUTES (1).

DES DROITS ET DES DEVOIRS DE LA CLASSE PRINCIPALE DES PERSONNES (2).

PREMIÈRE SECTION,

TRAITÉ DES DROITS ET DES DEVOIRS PRIMORDIAUX (3).

TITRE PREMIER,

DES DROITS PROPREMENT DITS OU EFFECTIFS.

ART. I. DROIT DE SURETÉ (*Vita et Incolumitas corporis*)
ET DEVOIR CORRELATIF.

§ 1^{er}. *Droit de Sûreté.*

Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur.... (*Florent. L. 3, ff. de just. et jure.*)

(1) Dans ces trois livres, les rédacteurs des Institutes ont eu l'intention de traiter simultanément des droits et devoirs de toutes les classes de personnes; mais ils ne se sont véritablement occupés que de la classe principale, et encore peut-on leur reprocher bien des omissions.

(2) C'est-à-dire, des citoyens romains, pères de famille et naturellement capables.

(3) C'est-à-dire, dérivant de la qualité même de la personne.

Dans la plupart des Codes ou Traités généraux ayant exclusivement

Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permit-

pour objet le *Droit privé*, cette première classe de droits et de devoirs est presque complètement passée sous silence.

Parmi les jurisconsultes qui ont remarqué et qui ont cru devoir justifier cette omission, les uns ont dit que, les droits et devoirs dont il s'agit ici étant des émanations directes de la *loi naturelle*, il n'était pas nécessaire de les énoncer, et qu'il suffisait de faire connaître les restrictions que les lois de chaque nation peuvent y apporter ; d'autres, quoique rejetant le système de la loi naturelle, ont excusé le silence des auteurs de Codes ou Traités, en disant que personne ne saurait méconnaître la jouissance de ces droits et l'accomplissement de ces devoirs comme étant le but principal de l'organisation sociale ; enfin, d'autres ont dit que l'importance de ces mêmes droits et devoirs ayant exigé une sanction spéciale pour chacun d'eux, tandis qu'une sanction générale embrasse (au moins chez la plupart des peuples) tous les autres droits privés, et le Code pénal contenant, en conséquence, sinon l'énonciation tout-à-fait explicite des droits et devoirs *primordiaux*, au moins des dispositions d'où l'on peut toujours facilement induire chacun d'eux, on avait dû éviter un double emploi, en s'abstenant de les énoncer expressément dans les Codes (et par suite dans les Traités) qui ont pour objet spécial le *Droit privé*.

Ce que j'ai dit dans mon *Introduction* sur le prétendu *droit naturel* et sur la nécessité de laisser le moins possible à l'arbitraire du juge, me dispense de combattre la première et la seconde de ces opinions ; quant à la troisième, je demanderai s'il ne vaut pas mieux faire connaître aux particuliers sous deux formes différentes leurs devoirs et leurs droits, que leur faire courir la chance de transgresser involontairement les uns et de perdre par ignorance le bénéfice des autres ? Je demanderai, en second lieu, s'il n'est pas contraire à toute idée d'ordre qu'une partie des droits privés, au lieu d'être définis dans les Codes ou Traités qui ont spécialement pour objet le *Droit privé*, ne se trouvent qu'implicitement reconnus par des dispositions appartenant à des Codes ou Traités de *Droit public* ?

Doneau a vivement critiqué les jurisconsultes qui s'abstiennent ainsi d'expliquer certains droits, pour décrire seulement ce qui arrive quand ces droits sont violés.

« Prius est (dit-il) ut sit aliquid nostrum quam ut de eo obtinendo laboretur..... hunc in jure cognoscendo ordinem et ductum qui sequitur,

tunt. (Paul. L. 45, § 4, ff. ad legem Aquil.; Cf. Cicer. de Offic. lib. I, c. 4, et pro Milone.)

» naturæ ductum et necessarium ad res cognoscendas ac facile complec-
 » tendas ordinem sequitur; qui non sequitur, et maxime si quis, ommissa
 » ejus quod nostrum est cognitione, initium facit ab actionibus et judiciis,
 » id est, a juris nostri persecutione, ... næ ille præposteram instituit
 » tractandi juris rationem.... » (Com. de Jure civili. lib. II, c. 7, § 5.)

Aussi ce jurisconsulte, si remarquable par son esprit philosophique, et qui, sous le rapport de la méthode, est bien supérieur à Cujas, son contemporain et son rival, n'a-t-il point négligé les devoirs et les droits primordiaux.

Il reproche d'abord aux rédacteurs du *Digeste* de n'avoir traité nulle part *ex professo* de cette classe de droits et devoirs :

« Primum, cum de jure et statu personæ quæritur, constat in persona
 » ipsa pleraque esse cujusque : cujusmodi sunt *Vita, corporis Incolumitas,*
 » *Libertas, Existimatio.* Athæc nusquam ex professo aut aperte in Pandec-
 » tis reperias; initio quidem, certe ubi maxime conveniebat, minime. »
 (Ibid. lib. I, c. 1, § 3.)

Il détermine ensuite le caractère des droits et devoirs primordiaux, en commençant par les distinguer soigneusement des autres classes de droits et devoirs :

« Id quod nostrum cujusque est, duplex est : est enim quod vere et
 » proprie nostrum sit, est etiam quod nobis debeatur... (Ibid. lib. 2, c. 8,
 » § 1.) Quod proprie nostrum est, id consistit, aut in persona cujusque,
 » aut in rebus externis; ex quo sunt præcepta duo juris distincta, alterum
 » non lædere, suum cuique tribuere; quorum prius ad ea quæ sunt personæ,
 » posterius ad res cujusque pertinet, ita ut nostras simul et nobis debitas
 » complectatur. In persona cujusque id nostrum est quod tribuitur per-
 » sonæ, id est, quod cuique ita tribuitur ut is id habeat in sese etiamsi
 » desint res cæteræ externæ. Hæc,.... sunt quatuor : *Vita, Incolumitas cor-*
 » *poris, Libertas, Existimatio.* » (Ibid. lib. II, c. 8, § 2 et 5.)

Puis il traite en détail de chacun de ces droits primordiaux :

« *Vita* quid sit notum est. *Incolumitas corporis* est ne vulneremur aut
 » pulsemur. *Libertas* est facere quæ volumus. *Existimatio* est... illesæ di-
 » gnitatis status, legibus et moribus comprobatus. » (Ibid. lib. II, c. 8, § 5.)

Il montre ensuite comment les législateurs, sans définir explicitement ces droits, les ont indirectement consacrés en prononçant des peines

Si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit,

contre les actes qui priveraient un individu des avantages qui en sont l'objet :

« Hæc vero cujusque esse maxime propria ex iis legibus intelligere possumus, quæ has res adimi aut violari vetant, ac si contra factum sit pœnam ac judicium constituunt. » (Id., *ibid.* § 3.)

Après avoir, en conséquence, indiqué les principaux délits que constitue la violation de ces droits, il s'exprime ainsi :

« Istorum distinctio et enumeratio potissimum eo spectat ut superiora illa jura quatuor verè propria cujusque esse intelligamus, quæ violata non ob aliam causam vindicantur legibus quam quod adempta sunt ea quæ maxime erant cujusque ; in quibus si nihil detraberetur alteri nulla esset injuria, pœna nulla. » (Ibid. *lib.* II, c. 8, § 3, *in fine.*)

Enfin, l'explication des droits qui (suivant le langage de Doneau) *consistunt in persona cujusque*, est complétée par l'examen, auquel ce jurisconsulte se livre, de la question de savoir s'il n'est pas des personnes à qui tous ces droits ou quelques-uns d'entre eux sont refusés en tout ou en partie. (Ibid., *lib.* II, c. 9 à 27 et *lib.* III.)

Nous avons cru convenable d'extraire de l'ouvrage de Doneau tous ces passages, non-seulement pour nous justifier d'avoir consacré une Section spéciale à une classe des droits et devoirs que l'on a l'habitude d'omettre dans les Codes ainsi que dans les Traités généraux de Droit privé, mais encore pour expliquer : 1° l'absence, dans cette Section de notre Chrestomathie, de textes qui justifient directement les droits et devoirs dont il s'agit, et 2° l'emploi que nous avons fait, pour y suppléer, de textes qui, par leur forme, appartiennent plutôt au Code pénal.

Du reste nous devons faire observer :

1° que notre classification, qui diffère sous beaucoup de rapports de celle de Doneau, ne nous conduit pas à isoler complètement, comme ce jurisconsulte l'a fait, les droits ci-dessus indiqués, de toute considération relative aux *choses* : nous ne dirons donc pas que l'objet de la présente Section est exclusivement « *id quod cuique ita tribuitur ut is id habeat in sese, ETIAMSI DESINT RES CÆTERÆ EXTERNÆ* » ;

2° que nous croyons devoir joindre aux *droits proprement dits* qui ont le caractère de droits *primordiaux*, les simples *facultés légales* ou *droits d'acquérir* qui peuvent offrir le même caractère (Doneau semble avoir considéré ces *facultés* comme des élémens du droit qu'il désigne par l'ex-

non videbitur injuria occidisse.... (Ulpian. L. 5. pr. ad leg. Aquil.)

pression *Libertas*): — à la vérité nous ne pourrions donner maintenant qu'une idée vague de ces facultés, car, si on les définissait complètement dans cette Section, on épuiserait la matière de toutes les Sections suivantes;

3° enfin, que nous croyons devoir placer ici, en le considérant comme un droit distinct du droit de *Liberté*, le droit de *Domicile*, qui n'est, pour ainsi dire, qu'une pierre d'attente pour l'exercice d'autres droits.

En conséquence, nous avons divisé cette Section en trois titres :

Le premier aura pour objet les droits de *Sûreté*, de *Liberté* et de *Réputation*, que j'appelle droits *effectifs* (dans ce sens qu'ils sont utiles par eux-mêmes et sans le secours d'aucun événement), pour les distinguer des *simples aptitudes* ou *droits d'acquérir*, qui n'ont d'utilité qu'autant que tel ou tel événement, désigné par le législateur comme mode d'acquisition de certaine classe de droits, vient à se réaliser.

Le deuxième titre aura pour objet toutes les *aptitudes* ou *capacités* (*droits d'acquérir*) qui étaient attachées à la qualité de *citoyen romain*, *père de famille*, *naturellement capable*.

Le troisième sera exclusivement consacré au droit de *Domicile*.

Dans chacun de ces titres, mais surtout dans le premier, l'exposition des droits entraînera celle des devoirs qui leur sont corrélatifs : les uns et les autres se trouveront justifiés par les mêmes textes.

On remarquera sans doute qu'au lieu de quatre droits effectifs énumérés par Doneau, j'en indique seulement trois. Voici mon motif. De ce que les lois ont distingué les actes qui tendent à nous enlever la *Vie*, de ceux qui tendent seulement à nous priver d'un membre ou d'un organe, ou bien, en général, à nous causer une douleur quelconque sans amener plus ou moins immédiatement la mort, il ne s'ensuit pas qu'il y ait à distinguer deux droits, dont l'un correspondrait aux actes de la première espèce, et l'autre à ceux de la seconde. — Aussi on prétendra peut-être que telle n'a pas non plus été la pensée de Doneau, et qu'il a seulement voulu distinguer le droit de ne point éprouver ce qu'on appelle des *douleurs physiques*, du droit de ne point éprouver des douleurs purement *intellectuelles* ou *morales*. Mais, si l'expression *Incolumitas corporis* exprime assez bien le premier de ces droits, il est impossible que le mot *Vita* ait été choisi par Doneau pour exprimer le second : pris dans le sens le plus

§ 2. *Devoir correspondant au droit de Sûreté.* (1)

Ne quid autem per vim admittatur etiam legibus Julii prospicitur privatorum et publicorum, necnon et constitutionibus Principum. (*Ulp. L. 1, § 2, de vi et vi armat.*)

large, comme si l'on disait le *droit de vivre*, ce mot indiquerait plutôt la réunion de tous les droits primordiaux : au reste, je ne sais si parmi ce qu'on appelle les douleurs *intellectuelles* ou *morales*, et ce qu'on croirait en conséquence ne devoir pas rapporter au droit de *Sûreté* (*Incolumitas corporis*), il y en a d'autres que celles qui résultent de la *diffamation* ou de la *privation de la liberté*, qui, d'après la législation romaine, constituent l'objet d'un délit, en d'autres termes, qui soient la violation d'un droit proprement dit.

(1) Le mot *Sûreté* ne rend peut-être pas assez clairement ma pensée ; je l'ai adopté faute de connaître une expression meilleure, et parce que le savant éditeur de Bentham l'a déjà employé à peu près dans le sens que je lui donne ici. Il est certain que l'on peut porter atteinte à notre bien-être et même compromettre notre vie par une foule d'actions qui ne sont point en général considérées comme violant notre *Sûreté*, et qui, cependant, ne rentrent pas non plus dans la classe des délits soit contre la *Liberté*, soit contre la *Réputation*, soit contre aucun des droits éventuels que nous expliquerons dans les Sections suivantes ; mais ces actions n'échappent-elles pas au pouvoir du législateur ?

Le *droit de Sûreté*, comme les autres droits effectifs primordiaux, se limite par la co-existence du même droit dans les autres citoyens. — Il se limite surtout par l'existence, au profit des autres, du droit de *Liberté* : ainsi je ne puis pas me plaindre de ce qu'un individu me cause, dans un lieu public, quelque douleur par sa présence, ou par ses cris, ou même par ses chants (sauf les réglemens de police contre les tapages nocturnes), parce que c'est ici le droit de *Liberté* appartenant à cet individu qui vient restreindre mon droit de *Sûreté*. — Il est assez étonnant que les jurisconsultes qui ont tracé les règles de la *collision des droits* ne se soient en général occupés que du cas où il y a opposition entre deux droits de même nature.

ART. II. DROIT DE LIBERTÉ (1) (*Libertas*) ET DEVOIRS
CORRESPONDANS.

Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur. (Florent. L. 4, de stat. hom.)

Si quis me prohibeat in mare piscari..., sunt qui putant

(1) En appelant le second droit primordial, *droit de Liberté*, je ne me suis pas dissimulé que j'employais encore une expression bien vague.

D'abord, il est évident qu'il ne s'agit pas, dans un Traité de Droit privé, de la liberté considérée par rapport au gouvernement : un pareil Traité ne peut avoir pour objet que les rapports de particulier à particulier ; nous ne devons donc parler ici ni de la *liberté religieuse*, ni de la *liberté de publier ses opinions*, ni de la *liberté de s'assembler*, etc....

Il ne s'agit pas non plus dans cet Article de tous les avantages de Droit privé qu'embrasse ordinairement l'expression liberté romaine (*libertas ex jure Quiritium*), expression qu'on oppose à celle de *libertas ex jure gentium*, et qui sert alors à distinguer la condition légale des citoyens romains de celles des autres hommes, comme dans ce passage de Cicéron : « Qui enim potest jure Quiritium liber esse is qui in numero » Quiritium non est ? » (*Pro Cæcina*, c. 33.), et comme dans le cas où l'on dit que, par la moyenne diminution de tête, on perdait la liberté romaine, sans perdre pour cela la liberté du droit des gens. (L. 5, § 3, ff. de extraordin. cognit. Cf. Tü.-Liv. XLV, c. 15.)

Le *droit de Liberté* consiste principalement : 1° en ce que les autres particuliers sont tenus de n'apporter aucun obstacle à l'exercice de notre faculté *locomotive* (on verra, dans la Section suivante, que l'institution de la propriété restreint singulièrement ce droit, en limitant le nombre des choses publiques, ou des choses sans maître, *res nullius*) ; et 2° en ce que nul autre particulier ne peut nous forcer à agir (nous verrons dans notre troisième Section jusqu'à quel point le droit Liberté peut se trouver, sous ce rapport, restreint par les conventions).

Au reste, ce droit de *Liberté* est accompagné du *devoir* de respecter la liberté des autres, et c'est de là que résultent ses plus importantes restrictions : lorsque la liberté de l'un est en *collision* avec la liberté d'un autre, il faut bien que chacun renonce à une partie de son droit.

injuriarum me posse agere.... et plerique huic esse similem eum qui in publicum lavare, vel in cævea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari, non patiatur. (*Ulp. L. 15, § 7, ff. de injur. et fam.*)

Si quis in mare piscare aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is qui in campo publico ludere, vel in publico balneo lavare, aut in theatro spectare arceatur; sed in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est. (*Ulp. L. 2, § 9, ff. ne quid in loc. publ.*)

Cuilibet in publicum petere permittendum est id quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica.... (*Pompon. L. 1, ff. de loc. et itin. pub.*)

Quædam.... (1) naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis. (*Pr. J. de rer. div.*)

Et quidem naturali jure omnium communia sunt, illa : Aer, aqua profluens et mare et per hoc littora maris. (*Marcian. L. 2, § 1, de rer. divis.*)

Littus publicum est eatenus qua maxime fluctus exæstuat. Idemque juris est in lacu, nisi is totus privatus est. (*Javolen. L. 112, ff. de verb. signif.*)

(1) Quoique les divisions des choses appartiennent plutôt à la Section suivante, j'ai cru devoir placer ici l'explication des choses *communes* ou *publiques*, afin d'indiquer dans quel cercle se renferme, sous ce premier rapport, le second droit primordial. Quant aux choses *quasi-publiques* (*res universitatis*), je conviens que, le droit d'en jouir supposant qu'on fait partie de la *corporation* à qui ces choses appartiennent, ce droit ne peut être considéré comme véritablement primordial; on aurait pu le placer, avec les autres droits fondés sur la même supposition, dans une Section particulière, mais il m'a paru que les effets *purement privés* qui résultent du titre de membre de telle ou telle corporation étant très-peu nombreux et pouvant facilement se rattacher à d'autres droits, il n'était pas nécessaire de compliquer pour eux notre classification par l'addition d'une *Section septième*. Voy. ci-après une observation analogue à l'occasion du droit de *Domicile*.)

Littorum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius maris ; et ob id quibuslibet liberum est casam ibi ponere in quam se recipiant, sicut retia siccare et ex mari reducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris esse cujus et mare et quæ subjacent mari : terra vel arena. (§ 5, *J. de rer. divis. Cf. L. 14, ff. de adq. rer. dom.*, *L. 3, § 1, ff. ne quid in loc. pub.*, *L. 2, § 8, eod.*)

Flumina pene omnia et portus publica sunt. (*Marcian. L. 4, § 1, de rer. divis.*, *L. 1, §§ 2 et 3, L. 3, ff. de flum.*)

Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. Paulus, imo in eo genere insularum ripæ flumini et littora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem juris est. (*Labeo, L. 65, § 1, ff. de adq. rer. dom.*)

..... jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. (§ 2, *J. de rer. divis. Cf. L. 1, pr. et § 1, ut in flum. navig. lic.*)

Riparum usus publicus est jure gentium, sicut et ipsius fluminis ; itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas illorum est quorum prædiis hærent ; qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorundem sunt. (*Gaius, L. 5, pr. de rer. divis.*)

Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur Labeo definit : ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias (publicas) itineraque publica pertineat. (*Ulp. L. 2, § 3, ff. ne quid in loc. publ.*)

Prætor ait : *Ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, præterquam quod lege, senatusconsulto, edicto, decretore principum tibi concessum est : de eo quod factum erit, interdictum (non) dabo.* (*Ibid. pr.*)

Et tam publicis utilitatibus, quam privatorum, per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque : et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est. (*Ibid.* § 2.)

Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt theatra, et stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.... (*Marcian. L. 6, § 1, de divis. rer.*)

ART. III. DROIT DE RÉPUTATION (1) (*Existimatio*).

Existimatio est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus. (*Callist. L. 5, § 1, ff. de extraord. cognit.*)

Generaliter vetuit prætor quid ad infamiam alicujus fieri ; proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit ut alium infamet, erit actio injuriarum. (*Ulp. L. 15, § 27, de injuriis.*)

Specialiter autem injuria dicitur contumelia. (*Ulp. L. 1, pr. de injur.*)

(1) Le droit de Réputation consiste en ce que tout autre particulier doit s'abstenir de discours, écrits ou gestes qui tendraient à diminuer la considération dont nous jouissons ; et il faut entendre le mot *considération* dans le sens le plus large, c'est-à-dire en réunissant, à ce qui a rapport à la probité, ce qui concerne le talent, et même ce qui touche au crédit pécuniaire (quoique, sous ce dernier rapport, le droit de Réputation suppose le droit de Propriété dont nous faisons encore abstraction dans cette Section). Au reste, pour voir combien la limite de ce droit de Réputation est difficile à poser, il n'y a qu'à consulter le titre du Digeste, *de injuriis et famosis libellis*.

Injuriam autem fieri Labeo ait, aut re, aut verbis. Re, quotiens manus inferuntur : verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. (Ibid. § 1.)

Omnemque injuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere. In corpus fit, cum quis pulsatur; ad dignitatem, cum comes matronæ abducitur; ad infamiam, cum pudicitia attentatur. (*Ibid.* § 2.)

TITRE II.

DES APTITUDES, SOIT A ACQUÉRIR DES DROITS EFFECTIFS, SOIT A S'IMPOSER DES OBLIGATIONS. (1)

ART. 1. *Aptitudes correspondant au droit de propriété et à ses démembrements. (Voyez notre seconde Section).*

a. *Aptitude à acquérir la propriété romaine, c'est-à-dire à devenir dominus ex jure Quiritium.*

(1) Nous sommes forcés de nous contenter d'une simple énonciation des diverses *aptitudes* que présupposent les différentes classes de droits effectifs qui seront l'objet des Sections suivantes : nous ne pourrions entrer ici dans quelques développemens à cet égard qu'aux dépens de ces autres Sections, c'est-à-dire, en expliquant par anticipation les droits ou les événemens auxquels elles sont consacrées. Peut-être aurions-nous pu nous borner à dire que les *personnes capables* (dont il s'agit exclusivement dans ce Premier Livre) sont aptes à se trouver saisies de tous les droits et de toutes les obligations qui seront énoncés dans la suite. Mais nous avons préféré, pour qu'il y ait plus de concordance entre les diverses parties de notre ouvrage, établir dès à présent une classification et une nomenclature dont l'utilité se manifesterait plus tard et notamment lorsque, dans notre Second Livre, nous traiterons de la condition des différentes classes de *personnes incapables*. C'est peut-être parce que les jurisconsultes romains ont suivi une autre méthode, que leur langue manque de dénominations techniques pour la plupart des aptitudes dont il s'agit : leur attention ne s'étant portée que sur celles qui étaient refusées à certains incapables, ils n'ont point senti le besoin de nommer les autres.

- b. *Aptitude à acquérir la propriété du Droit des gens, rem habere in bonis.*
- c. *Aptitude à profiter de ce qu'on appelle manières d'acquérir du Droit civil, jus commercii. (V. Ulp. 19, frag. 4 et 5.)*
- d. *Aptitude à profiter des manières d'acquérir du Droit des gens.*

ART. II. *Aptitudes correspondant aux droits relatifs (obligationes). (V. notre troisième Section.)*

- a. *Aptitude à faire une stipulation en général, ou bien à faire telle ou telle espèce de stipulation (V. Gaius, 3 Comm. 93 et 94; J. de stip. serv. et § 7, de inut. stip.)*
- b. *Aptitude à s'obliger par écrit (litteris). (V. Gaius, 3 Comm. 132, 133 et 134.)*

ART. III. *Aptitudes correspondant aux engagements de famille. (V. notre quatrième Section.)*

- a. *Aptitude à contracter le mariage romain, connubium ou jus connubii. (V. ci-dessus, p. 54, et Ulp. 5, frag. 4; Gaius, 1 Comm. 56 et 57.)*
- b. *Aptitude à acquérir la puissance paternelle. (V. Gaius, 1 Comm. 54.)*

ART. IV. *Aptitudes correspondant au droit de succession. (V. notre cinquième Section.)*

- a. *Aptitude à être institué héritier, testamenti factio passiva. (V. § 3, J. de hæred. inst. et L. 16, ff. qui test. fac. pos., L. 31, 49, § 1, de hæred. inst.)*
- b. *Capacité d'instituer un héritier, jus testamenti facien-*

di. (V. pp. J. quib. non est. perm. et Ulp. 22, frag. 1 et seq.)

c. Aptitude à devenir légataire ou fidéi-commissaire. (V. L. 7, pro legat.)

d. Capacité de faire un legs ou un fidéi-commis.

ART. v. Aptitudes correspondant aux droits sanctionnateurs, c'est-à-dire aux actions. (V. notre sixième Section.)

a. Aptitude à être investi de telle ou telle action. (V. Gaius, 4 Comm. § 57.)

b. Capacité d'appeler, en cas de lésion d'un droit quelconque, l'auteur de cette lésion devant le magistrat, d'obtenir une formule d'action pour faire statuer par le juge, etc.

TITRE III.

DU DROIT DE DOMICILE (1).

CHAP. I. DÉFINITION DU DOMICILE PROPREMENT DIT, DE LA PATRIE OU BOURGEOISIE, DU DOMICILE PRÉSUMÉ ET DES DOMICILES SPÉCIAUX.

Et in eodem loco singulos habere *domicilium* non ambigitor, ubi quis larem, rerumque, ac fortunarum suarum

(1) Pour bien expliquer ce que nous entendons par *droit de Domicile*, nous avons besoin d'exposer les considérations sur lesquelles ce droit repose.

La plupart de nos droits, soit publics, soit privés, ont pour objet un fait (et ici ce mot signifie aussi-bien le fait de la livraison d'une chose que toute autre action humaine) qui ne doit se réaliser qu'un certain nombre de fois, ou même qu'une seule fois. Ce fait peut être celui de l'ayant-droit comme celui de la personne obligée; dans l'un et dans l'autre cas,

summam constituit, unde (rursus) non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediit, peregrinari jam destitit. (*Dioclet. et Max. L. 7, C. de incolis.*)

il faut, en général, que le *lieu* et l'*époque* où il devra être réalisé ne dépendent pas absolument de la volonté de la personne qui en est l'auteur, mais au contraire se trouvent déterminés plus ou moins à l'avance, et de manière que les parties intéressées soient instruites de cette détermination.

Parmi les droits publics, je citerai pour exemple de droits qui appellent une semblable détermination (soit sous les deux rapports, de *temps* et de *lieu*, soit sous un seul), le droit de concourir à l'élection des magistrats ou à la confection de la loi : en effet, à moins que le peu d'étendue du pays ne permette de réunir tous les citoyens au même instant dans un seul et même local ; il y aura nécessairement partage en diverses sections des personnes appelées à voter, et il faudra indiquer comment ces sections viendront déposer leurs votes, soit successivement dans le même local, soit simultanément dans des lieux différens.

Parmi les droits *privés*, il nous suffira de citer pour exemple le droit au paiement d'une somme d'argent ou à la livraison d'une chose quelconque : la désignation du jour et du lieu où devra se faire le paiement ou bien la livraison, fait évidemment partie des élémens constitutifs de ce droit ; et il en est de même pour tout autre droit dont l'exercice suppose le concours de l'ayant-droit et de la personne obligée.

Mais, c'est principalement, au moins pour ce qui concerne le *lieu*, à l'occasion du droit *mixte* (c'est-à-dire tout à la fois *public* et *privé*) de faire comparaître devant le juge l'individu à qui on reproche la violation d'un devoir, que les législateurs et les jurisconsultes se sont occupés de la détermination dont il s'agit.

Du système qu'ils ont adopté (en ayant surtout égard à ce droit mixte, et, toutefois, avec intention d'appliquer autant que possible les mêmes règles aux autres droits) il est résulté un droit particulier, appartenant à la classe des droits *primordiaux*, et que nous avons appelé le *droit de Domicile*.

Le mode de détermination que les législateurs ont adopté par rapport au *temps*, n'a point amené le même résultat.

Nous n'aurons donc à nous occuper ici que de la question de *lieu*, et

Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit; eo in foro, balineo, spectaculis utitur; ibi festos dies celebrat; omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum frui-

encore nous ne devons l'examiner que sous le rapport du *Droit privé*, puisque cet ouvrage a exclusivement ce *Droit* pour objet.

Néanmoins, il est bon d'expliquer pourquoi un droit analogue au *droit de Domicile* n'a pas pris naissance dans les règles relatives au *temps*. Or, pour cela, il nous suffira de faire remarquer que, tandis que le législateur a donné, soit à l'ayant droit, soit à l'obligé, une influence libre et plus ou moins directe sur la détermination du *lieu* où le fait, objet d'un droit ou d'une obligation, doit se réaliser; il n'a, dans la détermination du *temps*, rien laissé à l'arbitraire des particuliers : cette détermination est directement l'œuvre de la loi (si ce n'est lorsqu'il s'agit des obligations conventionnelles, auquel cas, la détermination du *temps*, comme celle du *lieu*, peut être, je dirai même est presque toujours, l'effet de la volonté expresse ou tacite des parties contractantes; de sorte que, par cela même, elle ne constitue pas un droit particulier, mais une simple application du *droit de contracter*.)

Pour déterminer le *lieu* où les droits et les devoirs devront en général s'accomplir, les législateurs et les jurisconsultes paraissent avoir pris leur point de départ dans cette observation, que la détermination dont il s'agit intéresse tout à la fois l'ayant-droit et la personne (ou les personnes) sur qui pèse le devoir corrélatif; en effet :

(a) il importe au créancier et au débiteur de n'être point exposés à des déplacements onéreux et fatigans; (b) si un individu ayant un droit quelconque est réduit à la nécessité de poursuivre celui qui a méconnu ce droit, il lui importe d'être admis à porter son action devant le juge du lieu où son adversaire est le plus intéressé à se montrer loyal et exact, et où l'on trouvera probablement matière à exécution du jugement qui pourra intervenir; (c) enfin il importe, d'un autre côté, au débiteur, d'être le moins possible gêné dans l'exercice du droit de transporter, s'il lui plaît, sa résidence d'un lieu à un autre.

Cela posé, on a dû bientôt reconnaître que ce qui pouvait le mieux concilier tous les intérêts, c'était de décider :

(A) pour les droits qui correspondent à des obligations proprement dites ;

tur : ibi magis habere domicilium, quàm ubi colendi causa diversatur. (*Ulp. L. 27, § 1, ad munic.*)

Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. (*Papin. L. 17, § 13, ad munic.*)

1° que ces droits s'exerceront au lieu où le débiteur a son principal établissement, en d'autres termes, au lieu où il a établi le siège de ses affaires et sa résidence habituelle ;

2° que le débiteur aura toujours le droit de transporter dans un autre lieu son principal établissement, et, par conséquent, de changer par ce moyen le lieu d'exécution de ses obligations ; mais que ce droit devra s'exercer de bonne foi et de manière à ce que les intérêts des créanciers de l'individu qui l'exerce soient lésés le moins possible ;

3° que toute incertitude ou ambiguïté relative à la constitution ou au changement de l'établissement principal sera un juste grief, de la part des parties intéressées à connaître le lieu de cet établissement, contre la personne qui, par son fait ou par sa négligence, aura causé, relativement à son *Domicile*, cette incertitude ou ambiguïté ;

4° enfin, que les parties intéressées pourront toujours, d'un commun accord, fixer un autre lieu d'exécution pour les engagements contractés entre elles, soit en l'ajoutant à celui du principal établissement, soit en le substituant à ce dernier.

(B) à l'égard des droits auxquels correspondent des *devoirs généraux*, et non des *obligations proprement dites*,

qu'ils devront s'exercer au lieu du principal établissement de l'ayant-droit, à moins qu'il ne soit reconnu que cet ayant-droit présente dans un autre lieu où il lui paraît plus commode d'exercer les droits dont il s'agit, les mêmes garanties ou du moins des garanties suffisantes.

Le droit que nous avons appelé *droit de Domicile* consiste, à proprement parler, dans la faculté, accordée à un individu, de déterminer indirectement le lieu de l'exercice de ses droits et de l'accomplissement de ses obligations, c'est-à-dire le lieu où les faits, objets de ces mêmes droits ou obligations, pourront ou devront se réaliser.

Cette faculté pouvant s'exercer même lorsque celui qui en est doué n'a encore aucuns droits ou obligations susceptibles d'être modifiés par la détermination dont il s'agit, il est évident qu'il faut la considérer (cette

Nec ipsi qui studiorum causa aliquo loco morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint secundum epistolam Divi Hadriani : nec pater (qui) propter filium studentem frequentius ad eum comseat. (*Diocl. et Max. L. 2, C. de incol.*)

faculté) comme une sorte de *capacité* ou d'*aptitude*, plutôt que comme un *droit effectif*.

Maintenant, si nous voulons nous rendre compte de la dénomination par laquelle on désigne le droit que nous venons de définir, nous commencerons par observer que vraisemblablement le mot *domicile* (*domicilium*) exprima d'abord, relativement à chaque personne, la maison où elle résidait habituellement, (*domum quam colit*) ; et c'est dans ce sens, qu'il avait fini par perdre en droit romain (voy. cependant la *L. 22, § 2, ad. leg. Jul. de adult.* conférée avec la *L. 15, § 7, de excus. tut.*), que l'on prend encore aujourd'hui le mot *domicile* lorsque l'on dit : *signifier un acte à domicile*.

Comme c'était en général dans cette maison que chaque individu avait le siège principal de ses affaires, on attacha bientôt au mot *domicile* une autre idée : celle de *principal établissement*.

Cette nouvelle idée, que le mot *domicile* ne réveilla d'abord que jointe à celle de *résidence habituelle*, finit par évincer l'idée primitive, et, en conséquence, dans le cas où la résidence habituelle se trouvait séparée de l'établissement principal, ce fut le mot *domicile* qui servit à distinguer le lieu où se trouvait l'établissement principal du lieu de la simple résidence.

Enfin, lorsqu'il eut été décidé que le lieu du principal établissement serait le lieu de l'exercice ou de l'exécution de la généralité des droits ou obligations, on se servit du mot *domicile*, non-seulement pour exprimer cette dernière idée conjointement avec celle de lieu du principal établissement, mais aussi pour désigner tout autre lieu où une personne peut avoir certaines obligations ou même une seule obligation à remplir, certains droits ou même un seul droit à exercer.

C'est à cette dernière acception que se rapportent la plupart des divisions du *domicile* dont nous ferons usage dans ce Titre, notamment celles du *domicile politique* et du *domicile privé*, du *domicile général* et du *domicile spécial*, du *domicile absolu* et du *domicile relatif*, du *domicile de choix* ou *volontaire* et du *domicile présumé* ou *nécessaire* (auquel nous

Miles ibi domicilium habere videtur ubi meret, si nihil in patria possideat. (*Herm. L. 25, ad munic.*)

Incola est qui aliqua regione domicilium suum contulit, quem Græci Παροικον (id est *juxta habitantem*) appellant. (*Pomp. L. 239, § 2, de V. S.*)

Advena est quem Græci Αποικον (id est *domo profugum et colonum advenientem*) appellant. (*Id. ibid. § 4.*)

Nec tantum hi qui in oppido morantur incolæ sunt, sed etiam qui alicujus oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant. (*Id. ibid. § 2.*)

Scire oportet, quoniam qui in agro permanet, incola esse non existimatur : qui enim illius civitatis præcipuis non utitur, non existimatur esse incola. (*Mod. L. 35, ad munic.*)

joindrons dans notre troisième Livre, c'est-à-dire dans le *Traité des Incapables*, le domicile *légal*.) — Nous expliquerons ces distinctions au fur et à mesure que nous aurons besoin de les employer.

Nous finirons cette note en faisant remarquer :

1° que rigoureusement nous ne devrions placer dans cette Section que la définition du *droit de domicile*, et non l'explication des effets légaux résultant de l'exercice de ce droit : car, il est évident que ces effets n'appartiennent pas plus à la classe des engagements *primordiaux* que les effets du *droit de contracter* ; — si nous avons placé ici cette explication, c'est que, sans cela, il aurait fallu faire une Section de plus, ce qui nous a paru inutile, à cause du très-petit nombre de dispositions législatives ou de règles de Droit que nous aurions pu y rapporter ; nous avons donc préféré expliquer ici tout ce qui a rapport au *domicile*, en avertissant toutefois nos lecteurs de cette dérogation à notre système de classification ;

2° que les législateurs romains avaient beaucoup restreint le *droit de domicile*, en attachant l'exercice de certains droits ou l'accomplissement de certains devoirs à une autre circonstance que celle de l'établissement principal, savoir au rapport du citoyen romain, soit avec la ville de *Rome*, chef-lieu de l'empire, soit avec une et quelquefois avec plusieurs autres villes de l'empire, rapport en vertu duquel un individu, indépendamment de la qualité de *citoyen romain*, pouvait avoir la qualité de *bourgeois* ou *citoyen (civis)* de telle ou telle ville, en vertu duquel aussi

Propriè quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitate ut munera nobiscum facerent. (*Ulp. L. 1, § 1, ad munic.*)

Municipes sunt liberti et in eo loco ubi ipsi domicilium sua voluntate tulerunt, nec aliquod ex hoc origini patroni faciunt præjudicium et utrubique muneribus adstringuntur. (*Paul. L. 22, § 2, ad munic.*)

Sed nunc abusivè municipes dicimus suæ cujusque civitatis cives : utputa Campanos, Puteolanos. (*Ulp. L. 1, § 1, ad munic.*)

Qui ex vico ortus est eam patriam intelligitur habere cui reipublicæ ille vicus respondet. (*Ulp. L. 30, ad munic.*)

Senatores in sacratissima urbe domicilium dignitatis habere videntur. (*Valent, Theod. et Arcad. L. 8, C. de incol.*)

Senatores, licet in urbe domicilium habere videantur,

on appelait Rome la, *patrie commune* de tous les citoyens, et telle autre ville, la *patrie* de tel ou tel citoyen ; — quoique ce rapport, qui n'existe pas dans la plupart de nos États modernes, où les bourgeois d'une ville ne sont autre chose que les individus ayant *domicile* dans cette ville (*incolæ*), concerne bien plus le Droit public que le Droit privé, nous serons forcés de nous en occuper ici, non-seulement à cause des restrictions qu'il apporte, ainsi que nous l'avons dit, au *droit de domicile*, mais, parce qu'il constitue quelquefois un droit du même genre, et, en outre, parce que les textes des compilations Justinienues traitent fort souvent de l'un et de l'autre rapports en même temps ;

3° enfin, que plusieurs jurisconsultes, au lieu de considérer le *domicile* et cet autre rapport dont nous venons de parler comme constituant une classe de *droits primordiaux*, ont présenté ces deux institutions comme les sources d'une division des Personnes ; — nous n'avons pas cru devoir suivre cet exemple, parce qu'en supposant que nous eussions expliqué dans notre Premier Livre comment un individu avait la qualité de *domicilié* par rapport à telle ou telle portion de l'empire, ou celle de *bourgeois* de telle ou telle cité comprise dans la grande cité romaine, il nous eût toujours fallu trouver, dans ce Second Livre, une place pour expliquer les droits qui résultaient de ces deux circonstances ; or, nous

tamen et ibi unde oriundi sunt, habere domicilium intelliguntur : quia dignitas domicilii adjectionem potius dedisse, quam permutasse videtur. (*Paul. L. 11, ff. de senat.*)

Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet. (*Paul. L. 22, § 3, ad munic.*)

CHAP. II. EFFETS DU DOMICILE, ET EN QUOI CONSISTE

LE DROIT DE DOMICILE.

ART. I. *Effets du domicile général et absolu* (1).

Incola et his magistratibus parere debet apud quos incola est, et illis apud quos civis est, nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet. (*Gaius, L. 29, ad munic.*)

.... Ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus

avons déjà dit que, lorsqu'une différence parmi les Personnes n'a d'influence que sur une seule classe de droits, au lieu de s'occuper de cette différence dans le Livre consacré aux divisions générales des Personnes, il suffit de l'indiquer à l'occasion de la classe de droits qu'elle concerne exclusivement.

(1) Nous entendons par domicile *général et absolu* celui qui produit effet pour l'universalité des droits et obligations d'un individu et vis-à-vis de toutes personnes; le domicile qui n'a d'effet que pour tel ou tel droit ou bien pour telle ou telle obligation en particulier est un domicile *spécial*; celui qui sans être restreint à telle ou telle obligation ne peut être invoqué que par une certaine classe de personnes est un domicile *relatif*.

Il est évident que le domicile qui concerne exclusivement telle obligation, et qui ne peut en conséquence être invoqué que par la personne envers qui cette obligation existe, pourrait aussi, et même à *fortiori*, être qualifié *domicile relatif*; mais, puisque tous les domiciles spéciaux se ressemblent sous ce rapport, nous avons réservé la qualification de *domicile relatif* à une certaine espèce de domicile *général*.

habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum (1) eum convenire oportet. (*Diocl. et Max. L. 2, C. de jur. omn. jud.*)

Actor rei forum (2), sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. (*Valent, Theod. et Arcad., L. 3, C. ubi in rem actio; Cf. L. 29, § 4, de inoff. test., L. 3, C. ubi caus. stat; L. 1 et 4, cod.*)

Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur. (*Diocl. et Max., L. 2, de jurisd. omn. jud.*)

ART. II. Du droit de choisir le lieu du domicile général et absolu.

Nihil est impedimento quominus quis (3) ubi velit, ha-

(1) Voyez les restrictions de ce principe dans les art 3 et 4 et au chapitre IV, ci-après.

(2) Il y a exception à cette règle dans la *L. 27 ad munic* : dans le cas prévu par cette loi ce n'est plus le domicile du débiteur, mais au contraire ce qu'on peut appeler le domicile de l'ayant-droit, qui est désigné comme siège de l'obligation de comparaître devant le juge. A la vérité, cette loi se rapporte au Droit public plutôt qu'au Droit privé, et c'est pour cette raison que nous nous contentons de la donner ici en note :

« De jure omnium incolarum, quos quæque civitates sibi vindicant, » Præsidium provinciarum cognitio est. Cum tamen si quis negat incolarum esse, apud eum Præsidentem provinciæ agere debet, sub cujus cura » est ea civitas, a qua vocatur ad munera, non apud eam, ex qua ipse se » dicit oriundum esse : idque D. Hadrianus rescripsit mulieri quæ » aliunde orta alibi nupta est. » (*Callistrat. L. 57, ad munic.*)

(3) Nous verrons, dans notre Second Livre, que ce droit était refusé à certains incapables ; ainsi, les femmes avaient nécessairement pour domicile général le domicile de leur mari (*Papir. Just. L. 38, § 5, ad munic*), tandis que les fils de famille pouvaient avoir un domicile général différent de celui de leur père de famille. (*Ulp. L. 3, ad munic.*)

Les sénateurs qui n'avaient pas obtenu ce qu'on appelait *liber commercatus* (auquel cas, outre le domicile que leur donnait à Rome leur dignité de sénateur, ils pouvaient avoir un domicile général au lieu où ils

beat domicilium, quod ei interdictum non sit. (*Marcel. L. 32, ad munic.*)

22. Filius civitatem ex qua pater ejus naturalem originem ducit, non domicilium sequitur (1). (*Ulp. L. 6, ad munic.*)

Patris domicilium filium aliorum incolam civilibus munieribus alienæ civitatis non adstringit, quum in patris quoque persona domicilii ratio temporaria sit. (*Pap. L. 17, § 11, ad munic.*)

Ejus qui manumisit municeps est manumissus, non domicilium ejus sed patriam secutus. (*Ulp. L. 27, ad munic. — Cf. L. 22, § 2.*)

établissaient le siège de leurs affaires privées), les sénateurs, dis-je, n'étaient-ils pas également privés du droit de choisir leur domicile général? ou bien faut-il dire qu'ils exerçaient ce droit en acceptant les fonctions de sénateur, comme les autres citoyens l'exerçaient en établissant dans tel lieu le siège de leurs affaires? C'est sous ce dernier point de vue que je considérerai la chose; néanmoins, je conviens qu'il y a entre les deux cas cette différence, que dans le dernier on place son domicile en telle partie du territoire que l'on veut, tandis que par l'acceptation des fonctions de sénateur on ne peut avoir son domicile qu'à Rome (ou bien, dans le dernier État du Droit, à Constantinople), et ce domicile est à peu près invariable, car on n'abdique pas la qualité de sénateur comme on transporte le siège de ses affaires d'un lieu dans un autre. Nous verrons plus loin qu'il reste à savoir si le domicile de dignité, dans le cas où le sénateur (après avoir obtenu *liber commeatus*) établissait le siège de ses affaires privées hors de Rome, continue d'être un domicile général, et quelle est alors la différence entre le domicile de dignité que le sénateur conservait à Rome, et le rapport que tout citoyen romain avait avec cette même ville, considérée comme *patria communis*.

(1) Il ne faut pas conclure de ce texte, qu'un fils sous la puissance paternelle ou sous la tutelle de son père, ne conserve pas provisoirement le domicile de ce dernier, après son émancipation, ou sa puberté, ou tout autre événement qui a pu faire cesser son incapacité; il faut entendre la loi 6 dans ce sens, que le fils n'est pas tenu de conserver toujours le domicile de son père, comme il est tenu de conserver sa patrie; et c'est ce qui résulte clairement de la fin de la loi 17, § 11. — Il faut interpréter d'une manière analogue la loi 27.

ART. III. *Condition à laquelle ce droit est soumis, et s'il est possible et licite soit d'avoir plusieurs domiciles généraux, soit de n'en avoir aucun.*

(V. ci-dessus la L. 7. C. de incol. et Cf. L. 27, § 1, ad munic.)

Celsus libro primo Digestorum tractat : Si quis instructus sit duobus locis æqualiter, neque hic quam illic minus frequenter commoretur, ubi domicilium habeat? Existimatione animi esse accipiendum.

Ego dubito, si utrobique destinato sit animo an possit quis duobus locis domicilium habere? Et verum est habere (1), licet difficile est. (Ulp. L. 27, § 2, ad munic.)

Labeo indicat eum qui pluribus locis ex æquo negotietur

(1) L'individu dont il s'agit aura-t-il double domicile quant à ses droits? Cela est difficile à croire. Quel sera donc le lieu où il pourra les exercer? — On conçoit qu'il soit permis à un individu de diminuer, dans l'intérêt des personnes qui pourront être en rapport avec lui, l'avantage attaché à ce que nous avons appelé le *droit de domicile*; il le pourrait, en traitant séparément avec chacune de ces personnes, par le choix de domiciles spéciaux; pourquoi ne le pourrait-il par un acte qui produira le même effet vis-à-vis de toutes? Remarquez que sa volonté ne fait ici qu'un peu plus que ce que ferait sa négligence, dans le cas où il n'annoncerait pas suffisamment, dans le lieu du domicile qu'il quitte, son établissement dans un autre lieu; en effet, il se trouverait alors avoir véritablement deux domiciles généraux (dont l'un n'est à la vérité qu'un domicile relatif.) Remarquez aussi que si un individu s'était donné en deux endroits les apparences d'un individu domicilié, n'ayant pas cependant l'intention d'avoir deux domiciles, sa position ne différerait de celle de l'individu dont parle la loi 27, § 2, qu'en ce que celui des deux endroits où il déclarerait n'avoir pas eu l'intention d'établir son domicile, ne serait lieu d'exécution de ses obligations qu'en faveur des personnes qui ont été trompées par l'apparence qu'il s'y est donnée d'une personne réellement domiciliée.

nusquam domicilium habere; quosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolam esse aut domicilium habere; quod verius est. (*Paul. L. 5, ad munic.*)

..... Difficile est sine domicilio esse quemquam; puto autem et hoc procedere, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quærens quo se conferat atque ubi constituat; nam hunc puto sine domicilio esse (1). (*Ulp. L. 27, § 2, ad munic.*)

Senatores qui liberum commeatum, id est ubi velint morandi arbitrium, impetraverunt, domicilium in urbe retinent (2). (*Paul. L. 22, § 6, ad munic.*)

(Voy. en outre, au *Livre DES INCAPABLES*, les *L. 22, § 3 et 27, § 5, ad munic.*, qui semblent donner au relégué deux domiciles généraux.)

(1) Qu'a voulu dire le jurisconsulte? Est-ce que l'individu dont il parle ne pourrait pas être poursuivi à son dernier domicile? — A moins qu'on ne dise que celui qui a abdiqué son ancien domicile sans en choisir un nouveau peut être contraint à remplir ses obligations partout où on voudra lui en demander l'exécution, et qu'il pourra exercer ses droits partout où il lui plaira, je ne conçois pas qu'un individu puisse être sans domicile. Je conviens qu'en Droit romain, on peut me faire cette objection (qui n'est pas applicable aux législations modernes), que l'on aurait toujours la ressource de demander à l'individu dont il s'agit l'exécution de ses obligations dans sa *patrie spéciale*. (*V. ci-après, ch. 4, art. 2*), ou dans la *patrie commune* des citoyens romains (*V. même ch., art. 1*); mais on pourrait peut-être répliquer qu'il n'est pas certain que tout citoyen eût une *patrie spéciale*, et que la *patrie commune*, n'était qu'accidentellement le siège des obligations d'un Romain (il fallait qu'il se trouvât à Rome).

(2) Si le domicile que les sénateurs conservent à Rome dans cette hypothèse est un domicile général, voilà une nouvelle reconnaissance du principe, que l'on peut avoir plusieurs domiciles généraux; mais peut-être le domicile de dignité n'a-t-il plus dans ce cas ses effets qu'à l'égard du Droit public?

ART. IV. *Du droit de choisir des domiciles spéciaux, et des effets de cette espèce de domicile.*

Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis qui tribunali præest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. (*Ulp. L. 1, de jud. Cf. L. 2, pp. et § 1, et L. 51, eod.*)

Illud sciendum est, cum qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri (1), et hic et ibi : ita et Juliano et multis aliis videtur. (*Ulp. L. 19, § 4, de jud.; et voyez ci-après, au Ch. 4, L. 1, de eo quod certo loc.*)

CHAP. III. COMMENT UN INDIVIDU ACQUIERT UN DOMICILE GÉNÉRAL, SOIT ABSOLU, SOIT RELATIF, ET COMMENT UN SEMBLABLE DOMICILE SE PERD (2).

ART. I. *Du domicile primitif.*

(Voyez ce que nous avons dit ci-dessus du fils de famille qui devient père de famille, et de l'impubère qui devient adulte.)

Libertini originem patronorum vel domicilium sequuntur, item hi qui ex his nascuntur. (*Ulp. L. 6, § 3, ad munic. — Nec obstat. L. 27, eod.*)

Filii libertorum libertarumque, liberti paterni et patroni

(1) Ainsi, on suppose qu'en choisissant tel endroit pour lieu d'exécution de l'obligation, on a entendu que l'on pourrait aussi y exercer l'action à laquelle donnerait naissance l'inaccomplissement de l'obligation. (*Cf. L. 51 et L. 50, § ult.*)

(2) En indiquant, dans le chapitre précédent, sous quelle condition un citoyen romain avait le droit de choisir un domicile général, nous nous sommes déjà expliqué sur presque tout ce qui fait l'objet du pré-

manumissoris domicilium aut originem sequuntur. (*Paul. L. 22, pp. ad munic.*)

Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet (1). *Id. L. 22, § 1, eod.*)

ART. II. *Du domicile général choisi par la personne (2), et comment un domicile général se perd volontairement,*

A. par toute personne capable en général.

(V. ci-dessus les *L. 7, C. de incol.* — V. aussi, pour le cas du double domicile, les *L. 27, § 1; L. 6, § 2; L. 27, § 2, et L. 5 ad munic.*)

Domicilium re et facto transfertur, non nuda contesta-

sent chapitre, mais nous avons pensé qu'il était utile de traiter *explicitement* la question de savoir *comment s'acquiert et comment se perd le domicile général.*

Des principes que nous avons posés, il résulte qu'on peut distinguer, pour les *personnes capables* (les seules dont nous ayons à nous occuper ici) trois sortes de domiciles généraux, savoir :

1° le domicile *primitif*, c'est-à-dire celui qui est donné par la loi à une personne au moment où elle acquiert ou recouvre la qualité de capable, et en attendant qu'elle ait fait un choix ;

2° le domicile de *choix*, c'est celui qui est formellement voulu par la personne ;

3° et le domicile *présumé*, qu'une personne, sans être du nombre des incapables, peut avoir, non-seulement sans l'avoir voulu, mais alors même qu'elle prouverait ne l'avoir pas voulu.

(1) Je mets ce domicile au nombre des *domiciles primitifs*, quoiqu'il soit possible que la femme ait déjà eu ailleurs, avant son mariage, un domicile du même genre, ou même un domicile de choix.

(2) Sauf le cas où une personne entend avoir deux domiciles généraux, un domicile général et de choix n'est véritablement acquis que lorsqu'on a fait tout ce qu'il fallait pour perdre le domicile précédent ; c'est par cette raison que nous avons placé ici les textes qui concernent la perte volontaire du domicile général. — Le *domicile général et de choix* est celui qu'on appelle communément le domicile *proprement dit*, ou domicile

tionem, sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari. (*Paul. L. 20, ad munic. et Cf. L. 7, C. de incol. L. 2, eod. ; L. 4, eod. ; L. 17, § 5 et 13, ad munic.*)

Incola jam muneribus publicis destinatus, nisi perfecto munere, incolatui renunciare non potest.

Non tibi obest, si cum incola esses, aliquod munus suscepisti : modo si antequam ad alios honores vocareris, domicilium transtulisti. (*Anton. L. 1, C. de incol.*)

B. par les sénateurs (1).

(*V. ci-dessus les L. 8. C. de incol. et L. 22, § 6, ad munic.*)

ART. III. Du domicile présumé :

- a. dans le cas où un individu a manifesté l'intention de ne plus conserver son domicile en tel lieu, mais n'a pas rempli les formalités nécessaires pour l'établir en un autre lieu (2) ;

(*V. L. 20, ad munic, citée ci-dessus.*)

réel ; proprement dit, parce que c'est celui dont l'idée s'éloigne le moins de l'idée primitive à laquelle le mot *domicile* servait de signe ; *réel*, probablement dans le sens qu'il n'a pas lieu sans qu'il y ait établissement principal, c'est-à-dire *résidence habituelle de la personne et de sa famille, expédition des affaires*, etc.

(1) Nous avons déjà dit que le domicile de dignité du sénateur n'est un domicile *de choix* que dans ce sens, qu'on était maître de ne point accepter les fonctions de sénateur. La loi 22 décide que le sénateur qui a obtenu la permission de ne pas résider à Rome ne perd pas son domicile de dignité en acquérant ailleurs un domicile général ; mais le domicile de dignité est-il encore alors un véritable domicile général ?

La perte de la qualité de sénateur faisait naturellement perdre le domicile de dignité ; mais on conservait sans doute alors à Rome un domicile *présumé*, jusqu'à ce qu'on eût régulièrement établi ailleurs son domicile général.

(2) Ulpien (*L. 27, § 2, ad munic.*) pense que dans ce cas-là un individu

...Sialiiis rationibus domicilium in splendidissima civitate Laodiceorum habere probatus fueris, mendacium, quominus muneribus fungaris, non proderit. (*Dioclet. et Maxim. L. 2, C. de incolis.*)

- b. dans le cas où un individu, sans avoir l'intention d'avoir son domicile général en un lieu, s'y est cependant donné toutes les apparences d'une personne domiciliée (1).

pourra se trouver sans domicile général. Mais nous avons déjà dit que cette opinion ne paraissait point admissible. Il nous semble que le dernier domicile se conserve, c'est-à-dire qu'il continue à produire ses effets jusqu'à ce qu'un domicile de choix se trouve valablement établi. Seulement, on pourrait prétendre que l'individu dont il s'agit est sans domicile quant à ses *droits* (bien entendu quant à ceux qui supposent un lieu particulier d'exercice), c'est-à-dire leur exercice doit être suspendu jusqu'à ce qu'il ait régulièrement acquis un nouveau domicile.

Je sais qu'on a voulu concilier les lois 6, § 2 et 20, avec la loi 27, en disant : quant à la première, qu'elle suppose qu'on a conservé au lieu où l'on avait domicile les apparences d'une personne domiciliée, tandis que la L. 27 suppose au contraire que l'individu qui est parti a annoncé de toutes manières l'intention de ne plus avoir domicile au lieu qu'il quitte; et quant à la L. 20, qu'elle examine plutôt comment le domicile nouveau sera acquis que comment le domicile ancien sera perdu.

Mais il restera toujours à concilier cette loi 27 avec les exigences de l'intérêt public.

Remarquez que dans le cas où un individu aurait seulement négligé ce qui est nécessaire pour avertir de son changement de domicile les personnes envers qui il était obligé, son domicile ancien ne serait plus alors qu'un domicile *relatif*, et le nouveau serait le véritable domicile *général*. A la vérité, ce domicile *général* se trouverait restreint, dans ce sens que l'individu dont il s'agit ne pourrait pas s'en prévaloir à l'égard de toutes personnes, mais toutes personnes pourraient l'invoquer contre lui. Le domicile *relatif* apporte donc au véritable domicile *général*, une modification analogue à celle qui résulte des domiciles *spéciaux*, dont nous parlerons au chapitre suivant.

(1) Il est évident que si cet individu a d'ailleurs un domicile *primitif*

Viris prudentibus placuit duobus locis posse (1) aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur. (*Ulp. L. 6, § 2, ad munic.*) (V. ci-dessus, p. 165, la *L. 2, C. de incol.* (2) et p. 171, les *L. 27, § 2 et 5, ad munic.*)

CHAP. IV. COMMENT LES EFFETS DU DOMICILE GÉNÉRAL PEUVENT ENCORE ÊTRE MODIFIÉS OU RESTREINTS (3) :

ART. I. *par les effets légaux attachés à la ville de Rome, considérée comme la patrie commune de tous les citoyens romains* (4) ;

Roma communis nostra patria est. (*Modest. L. 33, ad munic.*)

ou un domicile *de choix* régulièrement établi, le domicile dont il s'agit ici ne sera qu'un domicile *relatif*, c'est-à-dire une exception au véritable domicile, en faveur des personnes trompées par des apparences que nous supposons pouvoir être *reprochées* à cet individu.

(1) Je place ici cette loi, dans la supposition où l'on voudrait, en rejetant le système des lois 6, § 2 et 20, *eod.*, entendre le mot *posse* dans ce sens, *qu'il est possible qu'un individu soit réputé, dans l'intérêt des tiers, avoir plusieurs domiciles généraux*, et non pas dans ce sens, que lui-même pourrait se prévaloir d'un double domicile, soit pour exercer *ad libitum* en deux endroits différens les droits que la généralité des citoyens ne pourrait exercer qu'en un seul, soit pour forcer ceux qui voudraient le poursuivre à venir aujourd'hui dans l'un de ces endroits et demain dans l'autre.

(2) Il semble résulter de la loi 2, *C. de incol.*, qu'après dix années de résidence dans un lieu, on est réputé y être domicilié ; mais je crois qu'on a mal à propos généralisé un rescrit d'Hadrien.

(3) Nous avons vu déjà comment ces effets peuvent être modifiés, 1^o par le concours, soit d'un second domicile *général et absolu*, soit d'un domicile *présumé*, ou même de plusieurs ; 2^o par l'élection conventionnelle d'un ou de plusieurs domiciles *spéciaux*.

(4) Ces effets, à l'égard des Romains qui étaient bourgeois (*cives*)

Urbs Constantinopolitana non solum juris Italici, sed etiam ipsius Romæ, veteris prærogativa lætetur. (*Hon. et Theod. L. unic. C. de privil. urb. Const.*)

Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item his qui testimonii causa evocati sunt, vel si qui judicandi causa arcessiti sunt, vel in provinciam destinati, revocandi domum suam jus datur. Ei quoque, qui ipse provocavit, non imponitur necessitas intra tempora provocationis exercendæ, Romæ vel alio loco, ubi provocatio exercetur, aliis pulsantibus respondere : nam Celsus, huic etiam domus revocationem dandam ait : quoniam ob aliam causam venerit ; hæc Celsi sententia, et rationabilis est. Nam et divus Pius Plotio Celsiano rescripsit, eum qui tutelæ reddendæ causa Romam erat à se evocatus, alterius tutelæ causa, cujus causa non erat evocatus, non debere compelli iudicium suscipere. Idem Claudio Flaviano rescripsit, minorem vigintiquinque annis, qui desiderabat in integrum restitui adversus Asinianum qui alterius negotii causa venerat, non esse Romæ audiendum. (*Ulp. L. 2, § 3, de jud.*)

Omnes autem isti domum revocant, si non ibi contraxerunt, ubi conveniuntur. Cæterùm si contraxerunt ibi, revocandi jus non habent : exceptis legatis, qui licet ibi contraxerunt, dummodò ante legationem contraxerunt, non compelluntur se Romæ defendere, quamdiù legationis causa hîc demorantur : quod et Julianus scribit, et divus Pius rescripsit. Plane, si perfecta legatione subsistant, conve-

d'une autre cité, et qui avaient hors de Rome leur *domicile proprement dit*, constituent encore une espèce particulière de *domicile* (en prenant le mot dans sa plus large acception); ce domicile, au moins quant aux obligations, a les caractères d'un domicile *général et absolu*, mais ses effets sont *conditionnels* : ils supposent la présence à Rome de l'individu à qui l'on veut appliquer les conséquences de cette espèce de domicile.

niendos eos divus Pius rescripsit. (*Ulp. L. 2, § 4, de judic.*)

Item si extra provinciam suam contraxerunt, licet non in Italia, quæstionis est, an Romæ conveniri possint? Et Marcellus, in eo solo privilegio eos uti domum revocandi, quod in civitate sua, vel certe intra provinciam contraxerunt : quod est verum. Sed et si agant, compellentur se adversus omnes defendere : non tamen, si injuriam suam persequantur, vel furtum, vel damnum, quod nunc passi sunt : alioquin (ut et Julianus eleganter ait) aut impune contumeliis, et damnis adficiuntur; aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere eos jurisdictioni, dum se vindicant. (*Ulp. L. 2, § 3, 4 et 5 de jud.*)

Non aliàs, in eos quos Princeps evocavit, Romæ competit actio, quam si hoc tempore contraxerint. (*Paul. L. 2, de judic.*)

Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fidejubere potest : cum privilegio suo, cum sit in Italia contractum, uti non potest. (*Pap. L. 39, § 1, de jud.*)

Si quis in legatione constituerit quod antè legationem debuerit, non cogi eum ibi judicium pati ubi constituerit. (*Gaius, L. 8, de jud.*)

Legati ex delictis in legatione commissis (1) coguntur judicium Romæ pati : sive ipsi admiserunt, sive servi eorum. (*Paul. L. 24, § 1, de judic. Cf. — L. 8, eod. L. 5, § 1, de pec. const. L. 26, L. 27, L. 28, L. 24, § 1, L. 42, L. 24, § 2, L. 25, L. 28, § 3, de judic.*)

(1) Rome est devenue dans ce cas un domicile *spécial*. (V. ci-après, art. III). Il faudrait peut-être poser comme règle générale que le *jus revocandi domum* ne s'applique pas au cas où il s'agit d'une affaire pour laquelle Rome se trouve être un domicile spécial du citoyen domicilié réellement dans une autre partie de l'empire.

ART. II. *par les effets (1) résultant de la qualité de bourgeois (civis) de toute autre ville ou cité faisant partie de la grande cité romaine ;*

Quum te Biblium origine, incolam autem apud Berytios esse proponas, meritò apud utrasque civitates muneribus fungi compelleris. (*Alex. ou Anton. L. 1, C. de munic. Cf. L. 29, ad munic. L. 37, § 1, L. 22, § 2.*)

N° 1. *Comment on acquiert la bourgeoisie.*

Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio... facit. (*Diocl. et Max. L. 7, C. de incol.*)

Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio. (*Ulp. L. 1, pp. ad munic.*)

Filios apud originem patris, non in maternâ civitate, etsi ibi nati sunt.... ad honores seu munera posse compelli explorati juris est. (*Philip. L. 3, C. de munic. Cf. L. 1, § 2, ad munic.*)

Nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur, tunc enim maternæ originis erit municeps.... (*Ulp. L. 1, § 2, ad munic.*)

Ejus qui justum patrem non habet prima origo à matre

(1) Les textes contenus dans les compilations Justiniennes ne nous font pas bien connaître quels effets la *bourgeoisie* produisait par rapport au Droit privé ; le principal document que nous ayons à cet égard est la loi 29, *ad munic.*, citée ci-dessus, p. 168, et dont la disposition est loin de déterminer clairement ces mêmes effets. Doit-on supposer que le *bourgeois* avait avec sa *patrie spéciale* les mêmes rapports que tout *citoyen romain* avait avec la *patrie commune* ? Mais il est alors bien étonnant qu'aucun texte ne nous parle, à l'occasion des *municipia*, du *jus revocandi domum*.

quoque die quo ex ea editus est, numerari debet. (*Nerat. L. 9, ad munic.*)

Libertini originem patronorum.... sequuntur : item qui ex his nascuntur. (*Ulp. L. 6, § 3, ad munic.*)

Et si patronum habeat duarum civitatum municipem, per manumissionem earundem civitatum erit municeps. (*Ulp. L. 27, ad munic.*)

Si quis a pluribus manumissus sit, omnium patronorum originem sequitur. (*Ulp. 7, ad munic.*)

Jus originis in honoribus obeundis ac muneribus suscipiendis adoptione non mutatur ; sed novis quoque muneribus filius per adoptivum patrem adstringitur. (*Papin. L. 15, § 3, ad munic.*)

In adoptiva familia susceptum exemplo dati muneribus civilibus apud originem avi quoque naturalis respondere divo Pio placuit, quamvis in isto fraudis nec suspicio quidem interveniret. (*Papin. L. 17, § 9, ad munic.*)

N° 2. *Comment on perd la bourgeoisie.*

Origine propriâ neminem posse voluntate sua eximi manifestissimum est. (*Diocl. et Max. L. 4, C. de munic.*)

Adsumptio originis quæ non est, veritatem naturæ non perimit. *Errore enim veritas originis non amittitur ; nec mendacio dicentis se esse unde non sit, deponitur. Neque recusando quis patriam ex quâ oriundus est, neque mentiendo de ea quam non habet, veritatem mutare potest.* (*Ulp. L. 6, ad munic.*)

Municeps esse desinit senatoriam adeptus dignitatem quantum ad munera ; quantum verò ad honorem retinere creditur originem (1). Denique manumissi ab eo, ejus

(1) Voilà donc, par rapport au Droit public, deux domiciles pour la même personne ; à la vérité, l'un concerne les charges, et l'autre seulement les honneurs.

municipii efficientur municipales, unde originem trahit. (*Hermog. L. 23, ad munic.*)

Senatores et eorum filii filiaëque quoquo tempore nati, nataëve, itemque nepotes, pronepotes et proneptes à filio, origini eximuntur, licet municipalem retineant dignitatem. (*Paul. L. 22, § 5, ad munic. Cf. L. 11, de senat.*)

Postliminio regressi patriæ muneribus obtemperare coguntur, quamvis in alienæ civitatis finibus consistent. (*Pap. L. 17, § 6, ad munic.*)

Sed si emancipatur ab adoptivo patre, non tantum filius, sed etiam civis ejus civitatis cujus per adoptionem fuerat factus, esse desinit. (*Hermog. L. 16, ad munic.*)

ART. III. à cause des domiciles spéciaux qui existent indépendamment (1) de la volonté de la personne obligée (2), savoir :

N° 1. au lieu de la convention ou du fait, soit licite soit illicite, qui a engendré l'obligation :

A. au lieu de la convention

(a) faite par soi-même,

.... Si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparavit, nisi alio loci ut defenderet convenit, ibidem se defendere.... (*Ulp. L. 19, § 2, de jud.*)

Exception. — Exigere dotem mulier debet illic, ubi ma-

(1) Nous avons déjà vu, à la p. 173, comment les effets du domicile général sont modifiés par des domiciles spéciaux d'élection.

(2) Remarquez que les domiciles spéciaux ne sont en général établis que contre la personne obligée et non en sa faveur, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas s'en faire un motif pour décliner son domicile général. (*V. L. 19, § 4 ; L. 50, § 2, de jud.*)

ritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est : nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura. (*Ulp. L. 65, eod.*)

(b) faite par notre esclave ou fils de famille.

Apud Labeonem quæritur, si homo provincialis servum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit; quare ibi se debebit defendere. (*Ulp. L. 19, § 3, de judic.*)

B. au lieu du fait licite par lequel on s'est obligé (1).

Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur certo loci administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere. (*Id. L. 19, § 1.*)

Senator, si negotiis alienis se obtulerit in provincia, non debet iudiciū recusare negotiorum gestorum : sed actionem eum excipere oportere Julianus respondit : cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit. (*Callist. L. 36, § 1, eod.*)

C. au lieu du fait illicite qui est cause de l'obligation.

Quæstiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissæ vel inchoatæ sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est. (*Sev. et Ant. L. 1, C. ubi de crim.*)

(1) *Quid du cas où mon fait licite a obligé une autre personne envers moi? Par exemple, pourrai-je redemander des impenses faites pour réparer la maison d'un absent, devant le juge du lieu où j'ai fait ces impenses, quand même l'absent n'y aurait pas son domicile général?*

Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum qui possessionem turbavit, convenit judicare. (*Valens. et Valent. L. unic. C. ubi de possess.*)

N° 2. au lieu de la situation de la chose litigieuse (1).

Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. (*Valent. Theod. et Arcad. L. 3, C. ubi in rem actio.*)

Si ea res quæ per fideicommissum relicta est, eo loci sit dicendum est, non debere præscribi ei qui petit, quasi major pars hereditatis alibi sit. (*Ulp. L. 52, § 3, de jud.*)

N° 3. au lieu où se trouve la majeure partie des choses héréditaires.

Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariæ sitæ sunt degit (2), hereditatis erit controversia terminanda. (*Valer. et Gallien. L. unic. C. ubi de hæred.*)

Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse majorem partem hereditatis, non erit ad præstationem compellendus. Et ita multis constitutionibus caveatur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi major pars hereditatis est : nisi si probetur, eo loco voluisse testatorem fideicommissum præstari, ubi petitur. (*Ulp. L. 50, pr. eod.*)

(1) Ceci est-il applicable au cas de l'action *in personam* comme à celui de l'action *in rem* ?

(2) Comment faut-il entendre ces mots *si ibi degit* ? signifient-ils quelque chose de plus que les mots *ubi reperiuntur* de la *L. 1, C. ubi de crim.* ?

Tractatum est de ære alieno, si in ea provincia, ubi fideicommissum petitur, plus esset æris alieni, an quasi major pars alibi esset, præscriptio locum haberet ? Sed et hic placuit, nihil facere æris alieni nomen : cum non loci sit æs alienum, sed universarum facultatum : æs enim alienum, patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates. Qui tamen, si forte certis oneribus destinatum sit id patrimonium ? ut puta alimentis præstandis quæ Romæ præstari paterfamilias jusserat, vel tributis, vel quibusdam aliis inexcusabilibus oneribus : an possit præscriptio locum habere ? Hic putem justius dici, locum habere. (*Ulp. L. 50, § 1, eod.*)

Fideicommissum ibi petendum esse ubi hereditas relicta est, dubitari non oportet. (*Sev. et Ant. L. unic. C. ubi fidei.*)

N° 4. *au lieu du domicile du défunt.*

Herens absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur ; nulloque suo proprio privilegio excusatur. (*Ulp. L. 19, pr. de jud.*)

N° 5. *au lieu où l'on rencontre l'auteur d'un délit.*

(*V. L. 1, C. ubi de crim. citée ci-dessus.*)

N° 6. *au lieu où se trouve déjà portée une affaire connexe.*

Venditor ab emptore denuntiatus, ut eum evictionis

(1) Les domiciles spéciaux du défunt continuent d'ailleurs d'exister à l'égard des héritiers. (*V. L. 4, § 1, eod.*) Le domicile général du défunt devient pour l'héritier une sorte de domicile relatif qui embrasse toutes les affaires du défunt.

nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui judicis; quæritur an possit litem ab eo judice apud quem res inter petito rem et emptorem cæpta est, ad suum judicem revocare? Paulus respondit venditorem emptoris judicem sequi solere (*Paul. L. 49, de jud.*)

N° 7. *au lieu où nous avons nous-mêmes poursuivi une personne qui, pendant cette poursuite, se trouve avoir de son côté une demande à former contre nous.*

Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem judicem mitti. (*Paul. L. 22, de jud.*)

N° 8. *au lieu où nous avons commencé à exécuter notre obligation.*

Quoties autem cœpit quis fideicommissum solvere, non potest hac præscriptione uti. (*Ulp. L. 50, § ult., de jud.*)

N° 9. *pour certaines charges municipales, dans la ville où on est propriétaire d'une maison.*

Sola ratio possessionis civilibus possessori muneribus injungendis, citra privilegium specialiter civitati datum : idonea non est. (*Pap. L. 17, § 5, ad munic.*)

DEUXIÈME SECTION.

TRAITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ (1).

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE CE QUI FAIT L'OBJET (2) DU DROIT DE PROPRIÉTÉ,
ou bien DES CHOSSES.

PR.

Rei appellatio latior est quam pecunia : quæ etiam ea
quæ extra computationem patrimonii nostri sunt conti-

(1) Parmi les droits qui ne sont pas un effet immédiat de la qualité de la personne, et que j'ai annoncé pouvoir être réunis sous la dénomination de droits *éventuels* ou *accidentels*, le droit le plus important est sans contredit le droit de Propriété, qui va faire l'objet de la présente Section.

Ici, comme dans toutes les Sections subséquentes, nous aurons deux sortes d'explications à donner : il ne suffira pas, comme dans la première Section, de décrire les *droits* et *devoirs* qui en sont l'objet, il faudra en outre expliquer les *événements* en vertu desquels une Personne capable est saisie de ces mêmes droits ou devoirs, et les événements qui peuvent l'en dessaisir.

Pour justifier l'ordre dans lequel nous nous proposons de présenter ici cette double classe d'explications, nous avons besoin d'appeler l'attention de nos lecteurs sur les observations suivantes :

Le droit de Propriété est un droit complexe ; il est susceptible de division, et ses fragmens peuvent appartenir à des personnes différentes.

Parmi ces fragmens ou démembrements, les uns appartiennent, comme le droit intégral, à la classe des droits *absolus*, les autres appartiennent à la classe des droits *relatifs* (voyez l'explication de cette distinction dans nos *Prolégomènes*) ; il ne doit être question maintenant que des premiers.

On peut considérer comme constituant un démembrement du droit de Propriété ayant les caractères de droit *absolu*, les effets légaux qui ré-

net, cum pecuniæ significatio ad ea referatur quæ in patrimonio sunt. (*Paul. L. 5, pr. de verb. sign. Cf. Gaius, 2 Com. 1.*)

sultent de l'événement appelé *Possession*, bien entendu, lorsque le possesseur est autre que le propriétaire.

Les événemens qui produisent les démembrements de la Propriété ou qui font passer un démembrement d'une personne à une autre (alors même qu'il s'agit de démembrements proprement dits, c'est-à-dire de fragmens ayant, comme le droit intégral de Propriété, les caractères de droit *absolu*), ne sont pas toujours les mêmes que ceux qui font acquérir ou perdre la Propriété intégrale.

Cela posé, voici de quelle manière cette Section me semble devoir être divisée :

Après un *Titre préliminaire* dans lequel j'examinerai ce qui fait l'*objet du droit de Propriété*,

Je consacrerai un *premier Titre* à la définition et à l'analyse de ce même droit ;

Dans un *deuxième Titre*, je traiterai de la *Possession* considérée comme pouvant constituer un démembrement de la Propriété ;

Dans un *troisième Titre*, j'expliquerai toutes les manières d'acquérir ou de perdre la Propriété intégrale ;

Enfin, dans un *quatrième Titre* j'examinerai comment les mêmes événemens peuvent s'appliquer aux divers démembrements de la Propriété ayant le caractère de droits *absolus*, ou bien comment ces démembrements sont l'objet d'autres manières d'acquérir ou de perdre.

(2) Nous croyons devoir rappeler ici que par *Objet d'un Droit*, nous entendons la source des avantages que ce droit doit procurer à la personne à laquelle il appartient :

En définitif, c'est toujours en ordonnant à des individus de faire quelque action ou de s'en abstenir, que le législateur procure à d'autres individus les avantages qui constituent leurs droits ; mais, quelquefois, ces avantages résultent immédiatement du *fait* ou de l'*omission* que le législateur prescrit, tandis que, dans d'autres cas, ils proviennent immédiatement des *choses* avec lesquelles les hommes peuvent être en rapport, et alors les *faits* ou *omissions* prescrits par le législateur ne sont que le moyen d'assurer la jouissance des *choses*.

La définition du mot *chose* et l'examen de cette question : quelles sont, parmi les différences qu'on remarque entre elles, celles qui peuvent avoir quelque intérêt sous le rapport du Droit ? appartiennent à nos *Prolegomènes*. Ici nous devons simplement indiquer quelles sont les distinctions auxquelles le législateur romain a eu effectivement égard.

Quædam præterea res (1) corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt quæ tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles. Incorporales sunt, quæ tangi non possunt : qualia sunt ea, quæ in jure consistunt; sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur : nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt; et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti, fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi-fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem

(1) Nous ne plaçons ici ce texte que pour avoir occasion de combattre l'extension donnée par les jurisconsultes romains au mot *res*. Pour nous, les choses sont uniquement, parmi les objets de nos pensées, ceux que nous considérons comme causes de certaines sensations que nous éprouvons, et comme ayant une existence indépendante de la nôtre, par conséquent, comme pouvant exister avant que nous les connaissions, et continuant à exister lorsque nous ne pouvons plus les connaître. Dans le langage rigoureux du Droit, les autres individus de l'espèce humaine (excepté, sous quelques rapports, les esclaves), et notre propre corps, quoique la définition ci-dessus puisse leur être appliquée, ne sont pas compris sous le nom de choses. — C'est pour savoir comment les objets de nos pensées pourront devenir la matière de nos droits ou de nos obligations que le jurisconsulte s'occupe de tout ce que nous venons de qualifier choses. Or, je le demande, à quelle confusion ne s'expose-t-on pas, si les droits et les obligations sont eux-mêmes qualifiés choses? Pour échapper à cette confusion, les jurisconsultes romains ont été forcés de rentrer bien vite, en distinguant les *res corporales* des *res incorporales*, dans le cercle où ils auraient mieux fait de se renfermer d'abord. Presque toujours l'expression *res* ne doit s'entendre dans leurs écrits que des *res corporales*. Il est probable que l'extension déraisonnable du mot *res* a d'abord été l'ouvrage de particuliers peu instruits, qui, en voulant disposer de tous les droits transmissibles à leur mort, se seront servis du mot *res* qui n'avait pour eux qu'une acception vague. Mais les jurisconsultes et les législateurs doivent-ils accepter toutes les altérations du langage qu'il plaît aux particuliers d'introduire?

numcio sunt et jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur. (*J. de reb. incorp. — Cf. L. 1, § 1, ff de rer. div. et Epit. Gaii, II, 1, § 5.*)

ART. 1^{er} *Distinction des Choses, en Choses qui par leur nature ou par la volonté du législateur ne peuvent être l'objet du droit de Propriété, et Choses qui sont déjà ou peuvent devenir l'objet de ce droit (1).*

PR.

.... Vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. (*Gaius, 2 comm. 1.*)

... Aliæ sunt divini juris, aliæ humani. (*Gaius, 2 Comm. 2.*)

Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique adquiruntur. (*Marcian. L 2, de divis. rer.*) (2).

§ 1. *Choses qui ne peuvent être l'objet du droit de Propriété (res extra patrimonium ou extra commercium).*

N^o 1. *Choses communes.*

(V. ci-dessus, p. 156.)

N^o 2. *Choses publiques (3).*

(V. ci-dessus, p. 156 et 157.)

(1) Cette première distinction des Choses est le résumé des trois divisions énoncées dans les textes que nous allons rapporter. Il est évident que ces trois divisions rentrent les unes dans les autres, chacune d'elles embrasse la totalité des Choses.

(2) Ce texte a déjà été publié dans notre première *Section*, pour indiquer les Choses à l'égard desquelles s'exerce le droit de *liberté*. Ici il sert à déterminer les Choses qui peuvent être l'objet du droit de *propriété*.

(3) Il est évident que c'est au *Droit public* qu'appartient la question

N° 3. *Choses quasi-publiques* (res universitatis).

(V. ci-dessus, p. 158.)

Bona civitatis abusive publica dicta sunt, sola enim ea publica sunt quæ populi Romani sunt. (*Ulp. L. 15, ff. de V. S.*)

N° 4. *Choses de droit divin* (res nullius divini juris).

Nullius autem sunt res sacræ et religiosæ et sanctæ : quod enim divini juris est, id nullius in bonis est. (§ 7, *J. de rer. div.*)

a. *Choses sacrées.*

Sacræ sunt quæ diis superis consecratæ sunt. (*Gaius, 2 Comm. 4.*)

Sacra loca ea sunt quæ publice sunt dedicata : sive in civitate sint, sive in agro. (*Ulp. L. 9, ff. de div. rer.*)

Sacra sunt quæ rite et per pontifices Deo consecrata sunt : veluti ædes sacræ et dona quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt. (§ 8, *Inst. de rer. div.* Cf. *L. 22, C. de sac. eccl. et Nov. 120, c. 10.*)

b. *Choses religieuses.*

...Religiosæ, quæ diis manibus relictæ sunt (1). (*Gaius, 2 Comm. 4.*)

de savoir comment une chose qui, par sa nature, pourrait être l'objet du droit de Propriété, devient chose *publique* ; on peut en dire autant par rapport aux Choses *quasi-publiques* (à moins qu'on ne sépare, comme le propose Bentham, le Droit *quasi-public* ou *demi-public*, du Droit *public* proprement dit), et par rapport aux Choses *saintes* et aux Choses *sacrées*. Quant aux Choses *religieuses*, comme ce sont les simples particuliers qui les font telles, nous avons cru devoir rapporter ici quelques textes qui indiquent comment cet effet est produit.

(1) Justinien a retranché cette définition, et s'est contenté de conserver le principe posé dans le § 6 de Gaius, de sorte que le seul fait de l'inhumation imprime au terrain le caractère religieux.

Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat. (*Eod.* § 6.)

Si quis (enim) eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque temporis gratia deponere, quam quod ibi sepeliret mortuum et quasi æterna sede dare destinaverit, manebit locus profanus. (*Paul. L. 40, ff. de relig.*)

Locum in quo *servus* sepultus est, religiosum esse Aristo ait.... § 5. *Sepulchrum* est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait : Non totus, qui sepulturæ destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. (*Ulp. L. 2, ff. eod.*)

In communem autem locum purum invito socio inferre non licet. In commune vero sepulchrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item, si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, consentiente domino, licet inferre; et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit. (§ 9, *J. de rer. divis.*)

c. *Choses saintes* (sanctæ).

... Sanctæ quoque res, velut muri et portæ, quodammodo divini juris sunt. (*Gaius 2, Comm. 4 et 8.*)

Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est. (*Marcian. L. 8, ff. de div. rer.*)

... Proprie dicimus *sancta* quæ neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata : ut leges sanctæ sunt : sanctione enim quadam sunt subnixæ : quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum : et interdum in sanctionibus adjicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur. (*Ulp. L. 9, § 3, ff. cod.*)

§ 2. *Choses qui peuvent être l'objet du droit de Propriété (res in patrimonio ou in commercio).*

N° 1. *Choses susceptibles d'être acquises par le premier occupant (res nullius humani juris).*

(V. ci-après le Chapitre de l'Occupation dans le Titre troisième de la présente Section.)

N° 2. *Choses ayant actuellement un propriétaire (1).*

ART. II. *De la distinction des choses, suivant qu'elles sont l'objet de la Propriété la plus étendue, ou seulement d'une Propriété restreinte (2) :*

N° 1. *par suite de la nature même des choses :*

a. *Meubles, Choses animées, Animaux sauvages, Immeubles, (res soli), Fonds ruraux, Fonds urbains.*

Moventium, item mobiliū appellatione, idem significamus : si tamen apparet defunctum animalia duntaxat, quia se ipse moverent, moventia vocasse : quod verum est. (Celsus, L. 93, ff. de V. S.)

Fundi appellatione omne ædificiū et omnis ager continetur : sed in usu, urbana ædificia ædes, rustica villæ, dicuntur. Locus vero sine ædificio, in urbe area, rure autem ager, appellatur. Idemque ager cum ædificio, fundus dicitur. (Florent. L. 211, ff. eod.)

(1) Il est évident que toutes les Choses qui ne sont pas comprises dans les diverses classes précédentes appartiennent à celle-ci. — Nous devons avertir que nous prenons ici le mot *propriétaire* dans le sens le plus large. On verra tout à l'heure que le droit de Propriété n'a pas la même étendue à l'égard de toute espèce de Choses.

(2) Nous expliquons ci-après, dans notre premier Titre, les variétés que présente sous ce rapport le droit de Propriété (*dominus ex jure Quiritium, rem in bonis habere*).

- b. *Choses individuelles* (res singulares), *aggrégations de Choses* (rerum universitates), *Choses accessoires* (1), etc.

Rerum mixtura facta an usucapionem cujusque præcedentem interrumpit quæritur ? Tria autem genera sunt corporum : unum quod continetur *uno spiritu* et Græce ἑννοµένον id est *unitum* vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia : alterum quod *ex contingentibus*, hoc est, pluribus inter se cohærentibus constat quod συνηµένον, id est, *connexum* vocatur, ut ædificium, navis, armarium : tertium quod *ex distantibus* constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex... (*Pompon. L. 30, pr. ff. de usurp.*)

Primum genus in usucapione quæstionem non habet, secundum et tertium habet (*Id., ibid.*)

Labeo libris epistolarum ait : Si is cui ad tegulorum vel columnarum usucapionem decem dies superessent in ædificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si ædificium possedisset. (*Id., ibid., § 1.*)

De tertio genere corporum videndum est. Non autem grex universus sic capitur usu, quomodo singularis, nec sic quo modo cohærentes. Quid ergo est ? Etsi ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat : non item tamen universi gregis ulla est usucapio ; sed singulorum animalium, sicuti possessio, ita et usucapio ; nec, si quid emptum immixtum fuerit gregi, augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur ; ut si reliquus grex domini mei sit, hæc quoque ovis. Sed singulæ suam causam habebunt, ita ut si quæ furtivæ erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur. (*Ibid., § 2.*)

(1) Les Romains n'avaient pas pensé qu'il fût utile d'adopter une expression correspondante à celle d'*immeubles par destination*, pour désigner les objets mobiliers qui avaient la qualité d'*accessoires* d'un fonds de terre ou d'un bâtiment.

N° 2. par la volonté du législateur.

a. *Choses Mancipi, choses nec Mancipi* (1).

Magna autem differentia est Mancipi rerum et nec Mancipi. (*Gaius* 2, *Comm.* 18.)

(1) Quoique la distinction des choses *Mancipi* et *nec Mancipi* ait joué un rôle très-important dans le Droit romain, cependant tout ce que nous avons de documens historiques nous laisse dans une incertitude à peu près complète sur les principales questions relatives à cette matière : — A quelle époque, et pour quels motifs, cette distinction fut-elle introduite... ? Quels sont ses rapports avec deux autres distinctions non moins célèbres, celle du domaine, *ex jure Quiritium* ou *in bonis*, et celle des manières d'acquérir, *ex jure gentium* ou *jure civili*?... En admettant que ces distinctions aient entre elles quelque connexité, quelle est celle qui a donné naissance aux autres, ou, en d'autres termes, quel est l'ordre de leur génération ? etc... etc. — Toutes ces questions sont abandonnées aux conjectures plus ou moins hasardées des jurisconsultes historiens : il paraît même que dès le temps de Justinien on n'avait déjà plus sur ces matières que des idées confuses. (V. *L. unic. C. de nud. jure Quirit. toll.*) — Nous n'avons pas la prétention de résoudre des difficultés qui ont mis en défaut la sagacité des commentateurs les plus habiles ; nous nous contenterons donc d'indiquer ici brièvement ces difficultés, en renvoyant aux sources où l'on pourra puiser des éléments de solution.

Le mot *Mancipi* est une contraction de *Mancipii*, génitif de *Mancipium*, dont la racine *Manceps* a fourni aussi les mots *Mancipatio*, *Mancipare* et quelques autres.

Une foule de textes ne permettent pas de douter que *Manceps* ne vienne de *manu capere* :

- « Mancipium quod manu capitur » (*Varro, Ling. Lat. V. 8.*)
- « Mancipatio dicitur quia manu res capitur. » (*Gaius, 1 Comm. 121.*)
- « Unde oportet eum qui Mancipium accipit comprehendere id ipsum quod ei Mancipio datur. » (*Isidor. Orig. V. 25, Cf. Ulp. 19 fragm. 6.*)
- « Mancipia vero dicta quod ab hostibus manu capiantur. » (*Florent. L. 4, § 3, ff. de stat. hom. Cf. Festus, v° Manceps, et Isid. Origin. IX, 4.*)

Cependant quelques personnes ont indiqué une autre étymologie du mot *Manceps*, savoir : *manus* et *caput* ; *Manceps*, suivant elles, signifierait qui *manum attollit supra caput* : c'était le geste par lequel on déclarait se rendre adjudicataire dans les ventes publiques ; c'est pour cela sans

Mancipi vero res sunt, quæ per mancipationem ad alium transferuntur ; unde proprie mancipi res sunt dictæ.

doute que dans la loi 11, *C. de vectig.*, on appelle *mancipes* ceux qui ont affermé les salines de l'état. (*V.* la traduction latine de l'histoire de *Hugo*, imprimée à Amsterdam en 1825, tom. I, p. 145.)

Quoi qu'il en soit de ces diverses étymologies, nous voyons le mot *mancipium* pris dans des sens divers par les auteurs latins :

1°. Il indique un pouvoir ou un droit que le citoyen romain exerce, tantôt sur les personnes (*V.* ci-dessus page 82), tantôt sur les choses. — Dans ce dernier cas, il désigne le même droit qui, plus tard, fut appelé *dominium* ; c'est probablement dans ce sens qu'il est pris :

par Isidore à la fin du passage cité plus haut ;

par Lucrèce, III, vers 984 :

« Vita mancupio nulli datur, omnibus usui ; »

et aussi par Sénèque, *epist.* 72 :

« Nihil dat fortuna mancipio. »

Hugo (*Hist.*, § 86, *not.* 4), *Bocking* (*de Mancipii causis*, § 6 et p. 119, *not.* 7) et quelques autres (*V.* notamment *Brissonnius*, v° *Mancipium*) ont fort bien remarqué que le mot *dominium*, employé pour exprimer ce que nous appelons droit de Propriété, est d'une date plus récente : en effet, on ne le trouve que rarement, et avec des significations diverses, dans Cicéron et les autres auteurs du temps de la République. Et à ce propos, nous ferons observer en passant que le mot *proprietas*, d'où nous avons tiré notre mot français *propriété*, est encore plus moderne, puisqu'on le trouve pour la première fois dans *Suetone* (*Galba.*, *cap.* 7).

2°. *Mancipium* se prend aussi assez souvent pour *mancipatio* ; c'est dans ce sens qu'il faut l'entendre : dans ce passage des Douze-Tables : « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset ita jus esto » ; dans *Ulpien* (19, *fragm.* 18) ; dans *Paul* (*R. S.* IV. 8, § 7) ; dans *Cicéron* (*de Orat.*, I, 39 ; *de Offic.*, 6 ; *Topic.*, 10) ; dans *Varron*, (*R. R.*, II., 10, n° 4) ; et aussi peut-être dans *Gaius* (I, *Com.* 119.) On ne sait cependant si dans ce dernier passage *Gaius* veut parler du droit ou de l'acte solennel au moyen duquel on l'acquiert.

3°. Enfin, le mot *mancipium* se prend aussi fort souvent pour désigner la chose sur laquelle on a le droit de *mancipium*, ou bien celle qui a été acquise *mancipatione*. (*V.* notamment *L.* 1, *C. de donat.*)

Ceci posé, parcourons rapidement les divers systèmes imaginés par les auteurs pour expliquer la nature et l'origine de notre distinction.

1°. *Isidore* (*Origine V.* 25) dit que les choses *mancipi* sont celles quæ

Quod autem valet mancipatio, idem valet et in jure cessio.
(*Ibid.* 22.)

manu tractari possunt : mais cette définition, qui a été répétée après lui par un grand nombre d'auteurs, vraie, peut-être, quant à l'étymologie du mot, ne peut s'appliquer aux immeubles situés en Italie, et moins encore aux servitudes prédiales, qui cependant sont bien certainement *res Mancipi* (Cf. Charondas, Notæ ad Ulp. 19, *fragm.* 1 ; Gravina, Orig. II, 81.)

2°. Meermann (*Diatriba de reb. m. et n. m.* ; 4°. Lugd. Batav. 1741) a pensé que notre distinction avait pour cause l'importance que les Romains attachaient à l'agriculture ; mais D. B. Columbus, dans l'ouvrage cité plus bas, a parfaitement réfuté ce système : en effet, les héritages urbains n'ont aucun rapport avec l'agriculture, et sont cependant *res Mancipi* ; il en est de même d'un grand nombre de quadrupèdes ; enfin Denis d'Halycarnasse nous apprend que Romulus avait principalement attribué aux esclaves l'exercice des professions industrielles, réservant aux citoyens la guerre et l'agriculture, et cependant tous les esclaves étaient rangés sans distinction dans la classe des *res Mancipi*.

3°. Conradus (*de veris rer. m. et n. m. Diff.* ; 4°. Helmst. 1759) croyait que la différence entre les choses *m.* et *n. m.* consistait en ce que les premières pouvaient seules être soumises au domaine *ex jure Quiritium*, tandis que les secondes n'étaient susceptibles que de l'espèce de domaine désigné par l'expression *rem esse in bonis*. Mais, pour détruire cette opinion, il suffira de citer Gaius, 2 Com. 196, et Ulpien, 24 *fragm.* 7. (Cf. Columbus, *diss. cit.* ; Bocking, *de Mancipii Causis*, p. 125 ; Regenbrecht, *ad Leg.* 56, ff. *de acq. rer. dom.* p. 18, n. 4 ; Meermann, *l. c.* p. 74 ; Hugo, *Hist.* § 204, n. 2.)

4°. Puffendorf (*F. E. Puffendorf, Observ. Juris univ.* ; 4°. Darmst. 1787, tom. II, p. 215-248) pense que les choses *m.* étaient enregistrées dans les tables du cens, tandis que les choses *n. m.* ne l'étaient pas.

De tous les passages qu'il a invoqués à l'appui de son opinion, ceux sur lesquels il paraît le plus compter sont : Cicéron, *pro Flacco*, c. 52 ; le même, *pro Cæcina*, c. 26 ; et Sénèque, *de Benef.* VII, 4.

Mais d'abord, dans le passage de Sénèque, le mot *descriptas* signifie bien plutôt la division des terres entre les particuliers, que l'enregistrement dans les tables du cens. Quant aux deux passages tirés de Cicéron, le second (*pro Cæcina*) ne me paraît nullement concluant ; et le premier (*pro Flacco*) est susceptible d'être interprété tout autrement que ne l'a

Et modo et serviles et liberæ personæ mancipantur : animalia quoque quæ mancipi sunt, quo in numero ha-

fait Puffendorf : en effet, ne peut-on pas croire avec Balhorn-Rosen (*Ueber dominium*. 8°. Lemgo. 1812, p. 141, Cf. Cicero, de Harusp. c. 7) que par ces mots *sint necne sint res mancipi*, Cicéron a voulu dire *sint necne sint in mancipio*, c'est-à-dire, qu'elles soient ou non soumises au domaine quiritaire ?

D'un autre côté, plusieurs passages d'auteurs anciens semblent prouver que tous les biens sans distinction étaient enregistrés au cens : que dit en effet Lactance (*de Mort. Pers.*) : « *Animalia omnis generis scribebantur.* » (V. aussi Denis d'Hal. lib. IV, et Tit. Liv. xxxix, 44.)

Cependant le système de Puffendorf a trouvé de nombreux partisans, parmi lesquels nous citerons seulement M. Sautayra (*de rei vind.*, 8°. Paris, 1826, p. 15).

5°. Bynkershoek (*Opera omnia*, f°. 1761, Coloniae Allobr., tom. I, p. 307) prétend que les choses *mancipi* sont celles que les Romains regardaient comme les plus précieuses. Mais cet auteur n'a cité aucun texte concluant à l'appui de son système ; de notre temps, le § 192 de Gaius, Com. 1, lui aurait fourni un assez bon argument. (Cf. Cujac. *Paratit. ad tit. Cod., de usuf. transf.*)

6°. L'opinion de Bynkershoek avait déjà été professée par Columbus (*D. B. Columbus, de dom. Quirit.* 4°. Vindobonæ, 1758) ; et cet auteur exigeait, pour qu'une chose fût tenue pour précieuse, qu'elle réunît ce triple caractère : utilité, stabilité et facile rétention.

7°. Hugo, pour reconnaître les choses *mancipi*, exige aussi trois caractères, savoir : que la chose soit corporelle, qu'elle soit précieuse, et qu'elle ait été connue des Romains dès le commencement de leur établissement. (*Hugo, Hist. du Droit rom.*, 8°. Paris, 1822, § 204. Cf. Boeking, l. c., p. 127.)

8°. Gibbon a donné une autre explication : il prétend que les choses *mancipi* sont celles qui ont été prises sur l'ennemi (*Hist. of Decline, etc.*, lib. 44). Cette opinion ne mérite pas d'être réfutée sérieusement ; l'observation que nous avons faite plus haut sur la définition d'Isidore nous paraît tout-à-fait applicable à celle de Gibbon.

9°. Trekell (*Hugo, Civilist. Magas.*, tom. II, p. 63), Balhorn-Rosen, (l. c., p. 128-148), Michelsen (*de except. rei vend. et trad.* 8°. Berolini, 1824), et quelques autres, nous paraissent avoir trouvé une explication

bentur boves, equi, muli, asini; item prædia, tam urbana quam rustica, quæ et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica; eodem modo solent Mancipari. — (*Id.*, 1 *Com.* 120.)

Item.... statim, ut nata sunt, Mancipi esse putant. Nerva vero, Proculus, et ceteri diversæ scholæ auctores, non aliter ea Mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi (1) esse.... (*Id.*, 2 *Com.* 15.)

Omnes res aut Mancipi sunt, aut nec Mancipi. Mancipi res sunt prædia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura prædiorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquæductus; item servi, et quadrupedes quæ dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec Mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. (*Ulp.* 19 *fragm.* 1.)

Nec Mancipi sunt, velut ursi, leones; item ea animalia quæ ferarum bestiarum numero sunt, velut elephantés et cameli. Et ideo *ad rem non pertinet quod ea animalia etiam collo dorsove domentur....* quorum.... Mancipi esse, quædam non Mancipi sunt. (*Gaius*, 2 *Com.* 16.)

Item fere omnia quæ incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus prædiorum rusticorum : nam hæc quidem Mancipi res sunt, quamvis sint ex numero rerum incorporalium. (*Ibid.* 17.)

beaucoup plus satisfaisante de l'origine de la distinction des choses *m.* et *n. m.*, en rattachant cette distinction à la différence qui existait entre les modes d'acquisition. Cette explication est d'ailleurs conforme à divers passages de Gaius, et notamment au § 22, *Com.* 2. — Nous aurons occasion de revenir sur cette matière en exposant nos conjectures sur la distinction du domaine en *ex jure Quiritium* et *in bonis*.

(1) Ne faut-il pas lire *nec Mancipi*? Ou vaut-il mieux, avec Goeschen, remplir de cette manière la lacune qui suit : *cum ad eam ætatem pervenerint cujus ætatis domari solent* ?

Nam res nec *mancipi nuda traditione abalienari possunt*, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. (*Ibid.* 19.)

Sed jura *prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt*; *rusticorum vero etiam mancipiari possunt*. (*Ibid.* 29.)

b. *Fonds stipendiâres, fonds tributaires*; *ager privatus, ager publicus*.

. provincialia *prædia quorum alia stipendiaria, alia tributaria* (1), vocamus. Stipendiaria sunt

(1) Nous rapporterons ici l'explication donnée par Théophile, *ad* § 40 *Inst., de rer. divis.* :

... « Non distinguo autem qualiscunque sit res a domino tradita, sive ager *Italicus*, sive *prædia stipendiaria*, sive *tributaria*.

Stipendiaria autem et tributaria dicuntur *prædia in provinciis sita*, (quæ jussu Imperatoris aut Populi possidentur). Appellationis autem causa illius inde accidit : *vetus Romanorum Imperator omnem regens terram, ac propter fortitudinem suam apud Romanos in admiratione habitus, provincias divisit; et quasdam ipse sibi retinuit, quasdam Populo attribuit.*

Et Populo attributæ vocabantur *stipendiariæ*, inde quia *stipes collatio* est atque *argenti aliarumque rerum minutatim facta collectio*. Quum igitur *minutula quædam provinciales ex rebus apud ipsos nascentibus colligentes, mitterent Populo, ut ea in suos usus ac delectationes impenderet*, ideo (hæ provinciæ) dictæ sunt *stipendiariæ* : et porro consequenter tam domus quam agri *dicti sunt stipendiarii*.

Imperatoris autem provinciæ vocabantur *tributariæ* : quoniam *tributum est grave vectigal, quod suis provincialibus imponebat Imperator, utpote multa impendens circa sustentationem militum*.

Stipendiaria autem et tributaria *prædia olim habentes ex concessione Populi aut Principis, domini non erant; nam dominium eorum vel apud Populum erat, vel apud Principem* : sed habebant in iis usum et fructum et plenissimam possessionem, ut transferre et ad heredes transmittere possent. *Italicorum vero agrorum aut domuum domini dominium habebant.*

Ast hæc olim. Hodie autem constitutio nostri Imperatoris nullam vult

ea quæ in his provinciis sunt quæ propriæ Populi romani esse intelleguntur. Tributaria sunt ea quæ in his provinciis sunt quæ propriæ Cæsaris esse creduntur. (Ibid. § 21.)

Possessiones appellantur agri late patentes, publici privati, quia non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, collibebat. (*Festus*, v° *Possessiones*.)

Quæstio est, *fundus* a *possessione*, vel *agro*, vel *prædio* quid distet? *Fundus* est omne quidquid solo tenetur. *Ager* est, [si] species fundi ad usum hominis comparatur. *Possessio* ab *agro* juris proprietate distat : quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc *possessionem* appellamus. *Possessio* ergo usus, *ager* proprietas loci est. *Prædium* utriusque superscriptæ generale nomen est : nam et *ager* et *possessio* hujus appellationis species sunt. (*Javol. L. 115, de V. S.*)

TITRE PREMIER.

ANALYSE DU DROIT INTÉGRAL DE PROPRIÉTÉ.

PR.

.... plenam in re potestatem. (§ 4, *J. de usufr.*)

Meum est quod ex re mea superest. (*Celsus*, *L. 49, § 1, ff. de rei vind.*)

Celsus ait : duorum in solidum dominium esse non posse : nec quemquam partis corporis dominum esse (*Ulpian. L. 5, § 15, ff. commodati.*)

Plures in uno fundo dominium, juris intellectu, non divisione corporis, obtinent. (*Papin. L. 66, § 2, ff. de leg. 2°.*)

esse differentiam Italicorum prædiorum, et stipendiariorum ac tributiorum. Sed siquidem dominus tradiderit mihi rem suam ex donatione vel dote, vel ex alia quacunque causa, veluti ex permutatione, indubitate dominium in me transfert.

ART. 1. *Droits élémentaires qui constituent ordinairement la propriété intégrale (1).*

§ I^{er}. DROITS PROPREMENT DITS.

1°. *Droit d'occuper la chose exclusivement.*

... ubi... probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere. (*Ulp. L. 9, ff. de rei vind.*)

2°. *Droit de modifier la chose.*

..... suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter (est.) (*Constant. L. 21, C. mand.*)

Denique Marcellus scribit, cum eo qui, in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi; nec de dolo actionem. Et sanè non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit. (*Ulp. L. 1, § 12, ff. de aqua et aquæ.*)

Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere, vel superfluentem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse : prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur : nec quemquam hoc nomine teneri. (*Ulp. L. 1, § 11, ff. de aqua et aquæ, Cf. L. 55, ff. de R. J.*)

Cujus ædificium jure superius est, ei jus est in infinito supra suum ædificium imponere : dum inferiora ædificia non graviore servitude oneret quam pati debent. (*Paul. L. 24, ff. de servit. præd. urban.*)

(1) Toutes les fois que le droit le plus étendu dont telle chose puisse être l'objet, renferme au moins le droit d'occuper exclusivement cette chose, et celui d'en recueillir les fruits (si elle est productive) à l'exclusion de toute autre personne, nous considérons ce droit comme un *droit de propriété*, et en conséquence nous mettons la chose qui en peut être l'objet au nombre des *choses susceptibles de propriété privée*. Les art. II et III de ce Titre feront connaître quelles sont, sous le rapport de son extension, les variétés du droit de propriété.

3°. *Droit de profiter de tout ce qui est produit par la chose.*

Nostra fiunt quæ ex animalibus dominio nostro subjectis nata sunt. (L. 6, ff. de adq. rer. dom.)

Omnis fructus non jure seminis sed jure soli percipitur (L. 25, ff. de usuris.)

4°. *Droit de diviser la chose en diverses parties qui deviennent chacune un objet particulier de propriété, ou bien au contraire de réunir des choses qui étaient considérées comme des objets distincts.*

(Voyez L. 86, § 2, de leg. 11).

5°. *Droit de démembler le droit de propriété.*

Nexum non facit prædiorum nisi persona quæ jure potuit obligare. (Honor. et Theod., L. ult. C. si alien. res.)

6°. *Droit d'aliéner.*

Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. (Pompon. L. 11, ff. R. J.)

§ 2. APTITUDES A ACQUÉRIR.

In quibus propria qualitas spectaretur, si quid additum erit, toto cedit. (Paul. L. 26, § 1, de adq. rer. dom.)

(Voyez au surplus dans le Titre III de cette Section les textes relatifs à l'Accession.)

§ 3. LIMITATIONS AU DROIT INTÉGRAL DE PROPRIÉTÉ (1).

N°. 1. *dans l'intérêt public (2);*

Interest reipublicæ ne sua re quis male utatur. (§ 2, J. de iis qui sui vel. alien.)

(2) Il s'agit ici des limitations qui frappent le droit de propriété, même dans les cas où, par la nature de la chose et par la volonté du législateur, il a le plus d'extension.

(2) Ces limitations sont celles qui sont réglées chez nous par les lois de

Lex Duodecim-Tabularum neque solvere permittit tignum furtivum ædibus vel vineis junctum, neque vindicare : quod providenter lex effecit, ne vel ædificia sub hoc prætextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur. Sed in eum qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem. (*Ulp. L. 1, pr., ff. de tigno juncto.*)

Tigni autem appellatione continetur omnis materia ex qua ædificium constet, vineæque necessaria. Unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem, et testam, cæteraque, si quæ ædificiis sunt utilia (tigna enim à tegendo dicta sunt) : hoc amplius, et calcem et arenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticæ, pedamenta. (*Ibid., § 1.*)

Sed et ad exhibendum danda est actio. (*Ibid., § 2.*)

Nº. 2. dans l'intérêt des particuliers (1).

1º.

Hæc autem actio (*actio pluvie arcendæ*) locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto : hoc est, de eo opere ex quo damnum timetur ; totiensque locum habet, quotiens, manu facto opere, agro aqua nocitura est : id est cum quis manu fecerit quo aliter flueret quam natura soleretur, si forte immitendo eam : aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem ; aut si comprimendo redundare effecerit. Quod si natura aqua noceret, ea ac-

police sur la salubrité, la voirie, etc. Nous ne faisons que les mentionner ici, parce que le détail de ces limitations appartient plutôt au Droit public qu'au Droit privé.

(1) Ce sont ces limitations que le Code civil français appelle *servitudes naturelles*.

tionem non continentur. (*Ulp. L. 1, § 1, de aqua et aquæ pluv. arcend.*)

Neratius scribit : Opus quod quis fecit, ut aquam excluderet quæ exundante palude in agrum ejus refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquæ pluviae actione cogetur tollere. (*Ibid.*, § 2.)

Sed et si vicinus opus tollat, et, sublato eo, aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat aquæ pluviae arcendæ agi non posse; semper enim hanc esse servitutem inferiorum prædiorum, ut natura profluentem aquam excipiant. Plane si propter id opus sublatum vehementior aqua profluat vel corrivetur, aquæ pluviae arcendæ actione agi posse etiam Labeo confitetur. (*Ibid.*, § 22.)

2°.

Ait prætor : Glandem quæ ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto. (*Ulp. L. 1, pr. ff. de glande legenda.*)

Glandis nomine omnes fructus continentur. (*Ibid.*, § 1.)

3°.

Ait prætor : Quæ arbor ex ædibus tuis in ædes illius impendet, si per te stat quominus eam adimas, tunc quominus illi eam arborem adimere, sibi que habere liceat, vim fieri veto. (*Ulp. L. 1, pr. ff. de arb. cædend.*)

Si arbor ædibus alienis impendeat, utrum totam arborem jubeat prætor adimi, an vero id solum quod superexcurret, quæritur? Et Rutilius ait, a stirpe excindendam: idque plerisque videtur verius. Et nisi adimet dominus arborem, Labeo ait permitti ei cui arbor officeret, ut si, vellet, succideret eam, lignaque tolleretur. (*Ibid.*, § 2.)

4°.

Si cui loci proprietas ædificandi juxta publicas ædes animum dederit, is quindecim pedum spatio interjecto inter publica ac privata ædificia, ita sibi noverit fabricandum, ut tali intervallo et publicæ ædes a periculo vindicentur, et privatus ædificator, velut perperam fabricato loco, destructionis quandoque futuræ non timeat detrimentum. (*Arcad., Honor. et Theod. L. 9, C. de ædif. privat.*)

Mœniana (quæ Græco vocabulo *τειχοςὺς* appellant) sive olim constructa, sive in posterum in provinciis construenda, nisi spatium inter se per decem pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncantur. In his vero locis, in quibus ædificia privatorum horreis publicis videntur objecta, obstructione mœnianorum, quindecim pedum intervalla servantur. Quem intercapedinis modum ædificaturis quoque proponimus, ita ut si quis intra definitum spatium, id est, decem pedum mensuram ædificare, vel intra quindecim pedum mœnianum possidere tentaverit: sciat non solum fabricata demolienda, sed etiam ipsam domum fisco nostro adscribendam. (*Honor. et Theod. L. 11, cod. tit.*)

5°.

Cum autem apertissimi juris est, fructus aridos conculcatione quæ in area fit, suam naturam et utilitatem ostendere, aliquis vicinum suum vetabat ita ædificium extollere juxta aream suam, ut ventus excluderetur, et palææ ex hujusmodi obstaculo secerni à frugibus non possent, quasi vetito vento suam vim per omnem locum inferre ex hujusmodi ædificatione, cum secundum situm regionis et auxilium venti aream accedit: sancimus itaque nemini licere sic ædificare, vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad præfatum opus infringat, et inuti-

lem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat. (*Justinian. L. ult., § 1, C. de servit. et aqua.*)

ART. II. *De la distinction du domaine en ex jure Quiritium et in bonis ; et de la possessio de l'ager publicus.*

Sequitur ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus unus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam Populus romanus olim utebatur : aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus ; set postea (1) divisionem accepit dominum, ut alius possit

(1).... *Olim....postea....* Ici se représentent toutes les questions que nous avons déjà fait pressentir au commencement de la note sur les choses *mancipi* et *nec mancipi* (voy. ci-dessus, p. 195) ; et, comme nous l'avons promis à la fin de cette même note, nous allons exposer, aussi brièvement que possible, nos conjectures, tant sur cette distinction des choses, que sur les distinctions suivantes, qui paraissent lui être corrélatives, savoir : celle du domaine en *ex jure Quiritium* et *in bonis*, et celle des modes d'acquérir en *modi juris civilis* et *modi juris gentium*.

I. Ainsi que Gaius nous l'apprend : dans les premiers temps de Rome il n'y avait qu'un seul domaine (*mancipium, ex jure Quiritium*) : en sorte qu'on avait une chose *ex jure Quiritium* ou qu'on n'avait aucun droit sur elle. — Ce domaine était propre aux Citoyens romains : c'est ce qui résulte, d'abord de l'expression même dont on se servait pour dire qu'une personne était propriétaire d'une chose : *rem alicujus esse ex jure Quiritium* (*Theoph. § 4 ad Inst., de libertin, et Gaius, pass.*), et ensuite de ce qu'une chose ne pouvait devenir *ex jure Quiritium alicujus*, que par des moyens d'acquérir que les jurisconsultes reconnaissaient propres aux Romains ; (*Ulp. 19 frag. 4 ; Gaius, 2 Com. 65*), sauf, bien entendu, le cas où le *jus commercii* était accordé à certains étrangers. (*Ulp. 19 fragm. 4 et 5 ; Cf. 1 frag. 16.*) — Ainsi donc, à l'époque (vaguement désignée par Gaius par l'expression *olim*) du domaine unique, *ex jure Quiritium*, que quelques

ex jure Quiritium dominus esse, alius rem in bonis habere.
(*Gaius*, 2 *Com.* 40.)

uns appellent aussi *dominium legitimum* (*Varro*, *R. R.* II, 10, et *Theoph.*, *l. c.*), on ne pouvait acquérir la propriété des choses que par les modes d'acquisition réglés par le Droit civil ; quant aux modes du Droit des gens, ils ne procuraient qu'une simple possession, laquelle, au moyen de l'usucapion, se convertissait assez promptement en domaine *ex jure Quiritium*. — Nous pensons que, dans l'origine et pendant les trois ou quatre premiers siècles de Rome, il en était ainsi pour toutes espèces de choses sans distinction. (*Hugo*, *Hist.* § 94; *Wenck*, *de vera Tradit. indole*, 4^e. p. 14; *Bocking*, *l. c.*, p. 126; *Michelsen*, *de except. rei vend. ac trad.*; *Regenbrecht*, *l. c.*, p. 17, n 3.)

Que si l'on objecte qu'il n'est pas probable que pour les acquisitions journalières de la vie commune on ait jamais pu avoir recours aux formes assez compliquées des modes du Droit civil, nous répondrons d'abord que, dans les premiers siècles, le commerce à Rome devait se réduire à bien peu de chose, puisque d'un côté chaque citoyen n'avait guère que le champ qu'il cultivait et la maison qu'il habitait ; et que, d'un autre côté, on fabriquait sans doute dans chaque famille les ustensiles, vêtements, etc., nécessaires ; arrangement d'économie domestique que l'on retrouve chez tous les peuples pauvres, et que facilitait singulièrement à Rome l'institution de l'esclavage. (*Voy.* Denis d'Halycarnasse, *l. c.*, et tous les auteurs qui ont traité de la pauvreté et de la frugalité des anciens Romains.) — D'ailleurs l'histoire du Droit nous apprend (*Voy.* notamment, dans le chap. 44 de Gibbon, le passage qui commence par ces mots : *Among savage nations*....) que dans les premiers siècles de Rome presque tous les actes de la vie civile étaient entourés de formes solennelles (*legis actiones, ritus nuptiarum, emancipatio, verba solemnia institutionum et stipulationum, testamenta calatis comitiis, per æs et libram*, etc). Que ces solennités aient été empruntées par Romulus et ses successeurs aux usages des Étrusques, ainsi que l'a conjecturé Niebuhr ; qu'elles aient été imaginées, comme d'autres l'ont pensé, pour suppléer à ce que la preuve testimoniale, la seule en usage à cette époque, avait d'imparfait, toujours est-il certain que dans la formation successive du Droit romain depuis les premiers temps jusqu'à Justinien, nous voyons le Droit civil inclinant sans cesse à se rapprocher de la simplicité du Droit des gens, en se débarrassant peu à peu des formes rigoureuses dans lesquelles il

Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in jure cessero, set tantum tradidero, in bonis quidem tuis

avait été enchaîné dans l'origine ; par conséquent, si les solennités n'eussent pas été établies dès l'origine, il est probable qu'elles ne l'eussent pas été plus tard.

Il n'est donc point trop hardi de dire, avec Balhorn-Rosen, l. c. : 1° qu'à l'époque de la loi des Douze-Tables, toutes les choses sans distinction étaient *mancipi*, en ce sens qu'elles ne pouvaient être aliénées que par la mancipation ou autre mode du Droit civil ; et 2° que pendant les premiers siècles la *tradition* fut complètement étrangère au Droit romain, dans ce sens qu'elle ne donnait aucune propriété.

II. Mais dans la suite, lorsque les idées d'*ennemi* et d'*étranger* cessèrent d'être exprimées par le même mot (V. Varro, l. c. ci-dessus, p. 22), lorsque des relations plus fréquentes se furent établies entre les Romains et les Étrangers, et que l'introduction à Rome de nouvelles richesses, fruit des conquêtes et de la civilisation croissante, rendit plus fréquents les actes de commerce, on sentit le besoin de posséder un mode d'aliénation qui pût servir aux transactions commerciales entre les Romains et ceux des Étrangers qui n'avaient pas obtenu le *jus commercii*, c'est-à-dire le *jus emendi et vendendi modis civilibus* (Ulp. 19 fragm. §§ 4 et 5 coll.), et qui en même temps facilitât ces mêmes transactions entre Romains. La *tradition*, qui jusque-là n'avait eu d'autres effets que le transport de la Possession, fut alors empruntée au Droit des gens. (Gaius, 2 Com. 65, L. 9, pr. ff. de acq. rer. dom.). — Il n'est pas probable qu'il y ait eu à cet égard aucun acte législatif ; mais l'usage introduit par la nécessité fut sans doute sanctionné par le Préteur : c'est là vraisemblablement l'origine de l'exception *rei venditæ et traditæ*, de la *publiciana actio*, et aussi de la distinction des modes d'acquérir en *modos* du Droit civil et *modos* du Droit des gens.

Cependant certaines choses, soit parce que l'on avait cru devoir, à cause du prix qu'on y attachait, entourer leur aliénation de plus de précautions, soit parce qu'elles n'étaient pas dans le commerce journalier, et que dès lors on sentait moins la gêne résultant des formalités civiles, certaines autres, telles que les immeubles d'Italie, parce que les Étrangers ne pouvaient pas les acquérir, continuèrent à ne pouvoir être aliénées que par les modes du Droit civil. Quant aux autres choses, la simple tradition devint suffisante pour les faire passer du *mancipium* d'une

ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta

personne dans le *mancipium* d'une autre ; et c'est de là qu'elles furent appelées choses *nec Mancipi*, c'est-à-dire choses affranchies de la nécessité de la mancipation (*Gaius*, 2 *Com.* 22, *Ulp.* 19 *frag.* 3.)

Ainsi, depuis ce changement, on put acquérir la propriété romaine (*dominium ex jure Quiritium*) de deux manières, savoir : 1° par les modes du Droit civil à l'égard des *Mancipi res*, et par la tradition à l'égard des *res nec Mancipi*. (*Gaius*, 2 *Com.* 196, *Ulp.* 24 *fragm.* 7.)

De ce qui précède, on peut conclure que les *res Mancipi* peuvent se distinguer à un double caractère : 1° d'avoir dû paraître les plus précieuses à un peuple pauvre, tel qu'était le peuple romain à l'époque où cette distinction s'est introduite dans leur Droit, et 2° d'être de telle nature qu'elles n'entraient pas dans le commerce journalier. — Quant au premier caractère, il est formellement indiqué par *Gaius* (1 *Com.* 192, 2 *Com.* 80, 81). Quant au second, il suffit d'examiner quelles étaient les choses *Mancipi* et *nec Mancipi* pour se convaincre que les premières sont celles dont l'aliénation est le moins fréquente ; ainsi, une maison, un champ, un esclave, un cheval sont des choses assez importantes pour qu'on n'en renouvelle pas souvent l'acquisition : aussi ne jugea-t-on pas nécessaire de les affranchir de l'observation des solennités ; tandis que les provisions de bouche, les vêtements, les ustensiles, etc., qu'on renouvelle plus fréquemment, en furent dispensés.

Quant à l'époque où ce changement s'opéra dans le Droit romain, nous avons déjà dit que notre opinion est qu'il fut amené peu-à-peu par l'usage ; cependant nous croyons qu'il ne fut reconnu dans la théorie du Droit que postérieurement à l'époque où l'affluence des Étrangers rendit nécessaire la création du *Prætor peregrinus*. Balhorn-Rosen nous paraît avoir fixé cette époque un peu tard en la fixant au huitième siècle : l'argument qu'il tire d'un passage de Cicéron (*Topic.*) nous paraîtrait meilleur si l'auteur n'était pas obligé de substituer, dans le texte, un mot à un autre.

III. Ainsi que nous venons de le voir, la mancipation et les autres modes du Droit civil étaient restés nécessaires pour l'aliénation des choses *Mancipi* : il arriva de là, que toutes les fois que les parties avaient, par ignorance ou autrement, aliéné une chose de cette espèce par un mode du Droit des gens, ou qu'en employant un mode du Droit civil elles s'étaient le moins du monde trompées sur l'accomplissement des formalités, tout ce qu'elles avaient fait se trouvait inutile ; en sorte

usucapione, proinde pleno jure incipit, id est, et in bonis et ex jure Quiritium, tua res esse, ac si esset mancipata vel in jure cessa. — (*Ibid.* 41, *Cf. Ulp.* 1 *fragm.* 16.)

que (d'après le Droit civil du moins) celui qui avait aliéné conservait et le titre de *dominus ex jure Quiritium* et le droit de revendiquer la chose : résultat qui ne doit pas étonner ceux qui connaissent la rigueur de l'ancien Droit. (*Gaius*, 4 *Com.* 11 et 50; *Cicero*, *pro Murena*, c. 12; *de invent.* II, 19; *Quintil.*, *Inst. orat.*, III, 8, et VII, 5.)

IV. Le premier remède à cet état de choses fut sans doute l'*usucapion*. (*Gaius*, 2 *Com.* 41, 42.) — Il n'en faudrait pas conclure cependant que déjà à cette époque (que les expressions de *Gaius* (2 *Comm.* 44) peuvent faire considérer comme très-reculée) la division du domaine fût reconnue par la théorie, et qu'on dit déjà de celui *cui res Mancipi tantum tradita erat*, qu'il avait la chose *in bonis* : il est bien plus probable que la personne qui se trouvait dans cette position était assimilée au *possesseur de bonne foi*; et si *Gaius*, en parlant de ce premier objet de l'*usucapion*, se sert déjà des expressions *in bonis* et *ex jure Quiritium* opposées l'une à l'autre, c'est que la division existant depuis long-temps à l'époque où il écrivait, *Gaius*, pour indiquer la position légale de l'individu *cui res m. tantum tradita est*, se sert naturellement de l'expression *in bonis*, qui était alors passée dans le langage juridique. — On peut appliquer la même remarque au § 47 du même Commentaire, d'où quelques auteurs ont voulu conclure que la division du domaine, ou du moins la distinction des choses *Mancipi* et *nec Mancipi*, existait déjà au temps de la loi des Douze-Tables.

V. Mais l'*usucapion* n'était qu'un remède bien imparfait, puisque l'acquéreur se trouvait sans défense, pendant un an pour les meubles, et pendant deux ans pour les immeubles; d'ailleurs, d'un côté, le commerce, devenant tous les jours plus actif, rendait de plus en plus gênante l'observation des solennités, et par conséquent leur inobservation plus fréquente; d'un autre côté, une autorité créée en 587, et qui s'attribua le pouvoir *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis propter utilitatem publicam* (*L.* 7, § 1, *ff. de just. et jure*), le Préteur trouva un moyen plus efficace de remédier aux rigueurs du Droit civil; pour cela, quand une chose *Mancipi*, *tantum tradita*, était revendiquée par le *dominus ex jure Quiritium*, le Préteur accordait au possesseur une exception au moyen de laquelle celui-ci repoussait une prétention fondée en Droit civil, mais contraire à la bonne foi. Telle fut, suivant *Michelsen* (qui en

Ceterum cum aput cives romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque

cela a développé une opinion de MM. Savigny, Hugo et Balhorn) l'origine de l'exception *rei venditæ et traditæ* (Michelsen, de *Except. rei vend. et trad.* 8°. Berlin. 1824). Il a prouvé sa thèse par trois arguments qu'il a tirés, savoir : 1° du nom même de l'exception ; 2° de son intime connexité avec la *publiciana actio*, qui, suivant lui, a été créée pour le propriétaire bonitaire ; et 3° enfin de ce que cette exception est conçue de telle façon qu'elle peut être opposée à tout demandeur. (*V. au Digeste, L. 2 de except. rei vend. et trad., L. 4, § 32, de doli except. et L. 3, de except. rei vend.*)

VI. Plus tard encore (telle est, en général, la formation successive des institutions prétoriennes), on jugea, sans doute, qu'une exception ne suffisait pas, attendu que ce moyen échappait à l'acquéreur toutes les fois qu'il avait perdu la possession *rei Mancipi tantum traditæ et nundum usucaptæ* ; c'est alors qu'un Préteur nommé *Publicius*, et qu'on pense avoir vécu du temps de Cicéron, imagina l'action *publicienne*, espèce de revendication prétorienne qui était accordée en même temps et à celui qui *rei Mancipi a domino tantum traditæ possessionem amiserat*, et au possesseur de bonne foi *cui res qualiscunque a non domino tradita erat*. (*Gaius, 4 Com. 36, Cf. § 4, J. de actionib.*)

Remarquons en effet que *Gaius*, dans le passage cité, ne dit pas un mot d'où l'on puisse induire que la chose pour laquelle il accorde l'action *publicienne* aurait été livrée *a non domino*, et certes si cette action n'était donnée que dans ce dernier cas, ce serait de la part de *Gaius* une grande négligence que d'avoir omis cette condition fondamentale. — On pourra objecter, il est vrai, qu'il ne mentionne pas davantage la circonstance que la chose aurait été *Mancipi* ; mais tout ce qu'on peut en conclure, c'est que du temps du Préteur *Publicius* on ne distinguait pas encore très-bien dans la théorie la position de celui *cui res Mancipi a domino tradita fuerat*, de la position de celui *cui res tradita erat a non domino*. Au reste, de même qu'on ne peut nier que l'usucapion ne fût appliquée aux deux cas (*Gaius, 2 Com. 41, 42, 43*), de même on peut penser que l'édit de *Publicius* les régissait aussi tous deux.

Nous répondrons, dans le Traité des Actions (*V. la cinquième, Section de cette Chrestomathie*) aux objections qu'on peut faire contre notre système, et qu'on tire notamment de la *L. 1, ff. de public.* ; et nous examinerons en même temps l'opinion de ceux qui pensent que l'action don-

jure, cujusquam servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit; nam qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur. (*Gaius*, 1 *Com.* 54, *Cf.* 1 *Com.* 17, *ci-dess.* p. 26; 1 *Com.* 16, *ci-dess.* p. 27; 1 *Com.* 167, *ci-dess.* p. 135; et 2 *Com.* 88, *ci-dess.* p. 96.)

Tales... solæ res per vindicationem legantur rectè, quæ ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt. Set eas quidem quæ pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere si mortis tempore sint ex jure Quiritium testatoris: veluti vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata; ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur: alioquin inutile est legatum. (*Gaius*, 2 *Com.* 196.)

Sed sane hoc ita est jure civili; postea vero, auctore Nerone Cæsare, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quæ ejus nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset: optimum autem jus est per damnationem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit. (*Gaius*, 2 *Com.* 197, *Cf.* *Ulp.* 24, *fragm.* 7 et 11.)

Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex jure Qui-

née à celui qui avait une chose *in bonis* était, non la publicienne, mais la *formula petitoria* dont parle *Gaius* (4 *Com.* 91, 92, 95).

En résumé, on comprend que, dès que la position de celui *cui res m. a domino tradita erat* fut protégée par une exception et par une action, cette position cessa d'être précaire, et forma un véritable droit de propriété. Cette propriété distincte de la propriété civile est désignée dans *Gaius* par la périphrase *in bonis habere*, et Théophile lui donne le nom de *domaine naturel* ou *bonitaire*.

ritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit, sive extraneus; set si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiæ eriscundæ iudicis officio præstabitur : quod si nullo jure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit *legatum*. (Gaius, 2 Com. 222.)

.... in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in *eo solo* dominium Populi romani est vel Cæsaris, nos autem possessionem tantum *et* usumfructum habere videmur. Utique tamen *ejusmodi locus, licet non sit religiosus, pro religioso habetur : quemadmodum quod in provinciis non ex auctoritate Populi romani consecratum est, proprie sacrum non est, attamen pro sacro habetur.* (Gaius, 2 Com. § 7.)

Lucius Titius prædia in Germania trans Rhenum emit, partem pretii intulit; cum in residuam quantitatem hæres emptoris conveniretur, questionem retulit, dicens, has *possessiones* ex præcepto Principali partim distractas, partim veterannis in præmia adsignatas.... (Paul. L. 11, de evict.)

.... eodem anno.... *loca publica* quæ, in circuitu capitoli, pontificibus, auguribus, decemviris et flaminibus *in possessionem tradita* erant, cogente inopia vendita sunt. (Orosius, V. 18.)

Antiquæ subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos apud quos vel nunc *ex jure Quiritium* nomen, vel tantum *in bonis* reperitur : quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec *ex jure Quiritium* nomen, quod nihil ab ænigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti, ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquæ dispositiones accipiunt : sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium. (Justinian. L. unic. C. de nudo jure Quirit. toll.)

ART. III. *Extension plus ou moins grande du droit de propriété, en raison de la nature de la chose (1).*

Feræ bestiaë et volucres et pisces capientium fiunt....
(*Gaius, L. 1, § 1, de adq. rer. dom.*)

Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit.... (*Gaius, L. 3, § 2, eod. tit.*)

(Voyez ci après, au Titre de la Possession, les N^{os} I et II.)

TITRE SECOND.

DE LA POSSESSION (2) CONSIDÉRÉE COMME FAISANT
NAÎTRE ET COMME CONSTITUANT UN DÉMEMBREMENT
DU DROIT DE PROPRIÉTÉ (3).

PR.

Définitions.

Possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus quasi posi-

(1) Dans l'Article précédent, nous avons considéré le domaine *quiritaire* et le domaine *bonitaire* comme constituant des variétés du droit de Propriété, c'est-à-dire comme étant l'un et l'autre des droits *intégraux*, quoique leur extension soit différente; il est en effet impossible de les considérer autrement à l'égard des choses *nec Mancipi*; mais à l'égard des choses *Mancipi*, il serait peut-être plus exact de présenter le droit désigné par l'expression *in bonis* comme un démembrement du domaine *quiritaire*, dont le *nudum jus Quiritium* forme le complément.

(2) J'ai cru devoir donner à cette matière plus de développement qu'à aucune autre, parce qu'elle est presque complètement omise, non-seulement dans les Institutes de Justinien, mais dans la plupart des ouvrages élémentaires dont on se sert en France.

(3) Les jurisconsultes romains ont employé les mots *Possessio*, *Possessor*,

tiō. quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit; quam Græci κατοχὴν dicunt. (Paul. L. 1, pr. de acq. vel amitt. poss.)

Offilius.... et Nerva filius.... aiunt eam (*possessionem*).... rem facti non juris esse... (Paul. *ibid.* § 5.)

.... Plurimum ex jure *possessio* mutuatur.... (Papin. L. 49, pp. *cod. Conf.* L. 19, ex quib. *caus. major.*)

Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet : quemadmodum nec *possessio* et *proprietas* misceri debent, namque (nam neque?) impediri *possessionem* si alius fruatur, neque alterius fructum computari (amputari?) si alter possideat. (Venul. L. 52, pp. h. t. Cf. Ulp. L. 12, *cod.*)

Interdum *proprietaem* quoque verbum *Possessionis* significat : sicut in eo, qui *possessiones* suas legasset, responsum est. (Paul. L. 78, de verb. signif. Cf. Tit. Liv. vii, 16.)

Possidere, tantôt pour exprimer un *fait* capable de produire des effets légaux, tantôt pour exprimer certains résultats *juridiques* de ce même *fait*. Je dis *certaines résultats*, et non pas *tous les résultats*, car la *propriété* même, ainsi qu'un grand nombre de ses démembrements, a souvent pour cause le fait de *Possession*, et ce n'est qu'à une seule variété du droit de propriété et à un seul des nombreux démembrements dont ce droit est susceptible, qu'on a appliqué la qualification de *Possessio*. Du reste, le mot *Possessio* signifie quelquefois aussi la chose même qui fait l'objet du droit de propriété ; et, en y ajoutant le mot *bonorum*, il exprime un droit analogue au droit d'hérédité (V. ci-après notre Quatrième Section).

Nous avons parlé, dans le Titre précédent, de la *Possessio* en tant qu'elle constitue une variété du droit de propriété ; dans le Titre suivant, nous la considérerons comme une des manières d'acquérir ce même droit et plusieurs de ses démembrements. Ici c'est uniquement comme faisant naître et comme constituant celui des démembrements du droit de propriété, qui n'a jamais d'autre origine, que nous devons considérer la *Possessio*. Ce Titre sera divisé en deux Chapitres ; le premier aura pour objet la *Possessio* considérée comme source de celui des démembrements de la propriété qu'on appelle du même nom ; le deuxième aura pour objet ce même démembrement. Nous nous servirons du mot français *Possession*, en lui donnant la double acception du mot *Possessio* que nous venons d'indiquer.

Nemo ambigit Possessionis duplicem esse rationem : aliam quæ jure, aliam quæ corpore consistit. (Constant. C. L. 10. de possess. ; cui contrad. videtur Paul. L. 4, § 27, de usurp. , consentire verò Papin. L. 49, § 1, eod.)

Bonorum.... possessionem ita recte definiemus : jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei quæ cujusque, cum moritur, fuit. (Ulp. L. 3, § 2, de honor. poss.)

CHAPITRE PREMIER.

DU FAIT QU'ON APPELLE POSSESSION (1) ET QUI PRODUIT UN DÉMEMBREMENT DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ÉGALEMENT APPELÉ POSSESSION.

Art. I^{er}. DES CONDITIONS ESSENTIELLES OU ACCIDENTELLES DU FAIT DE POSSESSION.

N^o I^{er}. Une chose susceptible de propriété privée.

(On a vu, au Titre précédent, quelles sont les choses *non-susceptibles de propriété privée* ; nous nous contenterons de citer ici quelques-uns des textes qui déclarent ces mêmes choses *non susceptibles de possession*. Si nous n'en avons pas trouvé pour le cas où la nature même de la chose s'oppose à ce qu'elle soit l'objet du droit de propriété, c'est sans doute parce que les jurisconsultes ont cru que cela était assez évident. — On verra, au N^o III ci-après, qu'il y a des choses susceptibles de propriété, qui, dans telle circonstance, dans tel moment donné, peuvent n'être point susceptibles de possession ; de sorte qu'il est possible qu'elles aient un propriétaire dans un moment où elles ne peuvent point avoir de possesseur.)

.... *locum religiosum aut sacrum non possumus possidere.... (Paul. L. 30, § 1, eod.)*

(1) Nous croyons devoir présenter ici quelques observations afin de faciliter l'intelligence des textes contenus dans ce Chapitre.

1^o. Toutes les fois que le mot *Possessio* est employé pour exprimer un

... forum... et basilicam, hisque similia, non possident, sed promiscue his (municipes) utuntur. (*Paul. L. 1, § 22, h. t.*)

événement investitif, c'est-à-dire, un fait capable de produire des résultats juridiques, il réveille toujours cette idée, qu'un individu, à raison de sa position physique et de la bonne volonté des autres hommes (bonne volonté qui sera ordinairement la conséquence de l'opinion que cet individu est propriétaire de la chose), se trouve avoir la puissance (puissance qui d'ailleurs peut être ou n'être pas d'accord avec le Droit) de retirer d'une certaine chose tous les avantages que les lois autorisent un propriétaire à retirer des choses qui lui appartiennent; d'où résulte cette première conséquence, qu'il ne peut y avoir de Possession qu'à l'égard des choses naturellement susceptibles de propriété privée. (*V. les Art. 2 et 3 du Titre précédent.*)

2°. Les effets juridiques que le Droit civil romain faisait résulter de la *Possession*, supposant presque tous de la part de l'individu qui est dans la position que nous venons de définir, l'intention de s'attribuer les droits d'un propriétaire et de se faire considérer comme tel, les jurisconsultes romains ont fini par refuser le titre de *Possesseur*, 1° à celui à qui les lois ne permettent pas de devenir propriétaire; 2° à celui que l'état de ses facultés intellectuelles empêche ou du moins fait légalement présumer être empêché d'avoir l'intention de devenir propriétaire; 3° à celui qui n'entend user de son pouvoir sur une chose qu'au nom d'autrui, c'est-à-dire en reconnaissant un autre individu pour propriétaire. Ils ont préféré se servir dans ces divers cas des expressions : *detentio, detinere, tenere, in possessione esse*;

3°. D'un autre côté cependant, tout en considérant comme un des éléments de la *Possession* la disposition où sont les autres hommes de souffrir que tel individu fasse d'une certaine chose tout ce qu'un propriétaire a droit de faire de ce qui lui appartient, la plupart des jurisconsultes romains ont continué à voir une Possession (qu'ils appellent à la vérité *injuste* ou *imparfaite*) dans le cas où cette disposition favorable ne serait point partagée, soit par un seul individu, soit même par plusieurs, c'est-à-dire, lorsqu'il y a *trouble* ou *clandestinité*;

4°. Quoique les jurisconsultes romains aient dit et répété que la *Possession est res facti*, cependant certaines dispositions législatives ne sont pas restées étrangères à la formation de l'idée de Possession, ainsi, par exemple (a), on a décidé (comme il résulte de ce que nous avons déjà dit au 2°), que l'esclave ne peut *posséder* pour lui-même, tandis qu'au

Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. (Paul.,
L. 3, pp. de adq. vel amitt. poss.)

contraire le maître est censé posséder, lorsque les conditions de la *possession* (autres toutefois que celles de la capacité et de l'intention de devenir propriétaire) sont accomplies dans la personne de son esclave; et (b), de ce que certaines choses sont soustraites par la loi au domaine privé, quoique naturellement elles en soient susceptibles, on a conclu que ces mêmes choses ne peuvent pas être l'objet de la possession. — On peut donc dire à l'égard de cet événement, comme à l'égard de presque tous ceux qui font naître des droits : *Jus factum informat*.

Il y a plus, les législateurs romains, ou plutôt les préteurs et les jurisconsultes, qui ont si souvent usurpé le pouvoir législatif, ont voulu quelquefois (par exemple dans le cas ci-dessus indiqué où le maître est censé avoir acquis la possession par son esclave) que les effets juridiques du fait de *Possession* eussent lieu, quoique ce fait n'existât point ou du moins n'existât qu'en partie : ils ont en conséquence qualifié *Possession* certaines circonstances qui n'en ont pas les caractères; de sorte qu'en pareil cas la *Possession* est pour ainsi dire une fiction de la loi.

De ces dispositions législatives ou quasi-législatives, les unes, savoir celles qui ne font que modifier les conditions essentielles de la *Possession*, se rattachent naturellement aux diverses conditions qu'elles modifient; nous ne les en séparerons pas : seulement, en développant chacune de ces conditions, il faudra que nous ayons soin de distinguer ce qui est tout-à-fait indépendant de la volonté du législateur, de ce qui vient au contraire de lui, soit directement, soit indirectement. — Quant aux dispositions qui supposent le fait de *Possession* alors que l'une ou l'autre de ses conditions essentielles manquent, il eût été peut-être convenable de s'en occuper dans un Chapitre particulier et seulement après avoir achevé l'explication de toutes les conditions qui constituent la véritable *Possession*; mais les jurisconsultes romains ayant considéré ces dispositions comme des réponses à cette question : *Comment s'acquiert et comment se perd la Possession*, il nous serait difficile de soumettre leurs fragmens à une classification fondée sur des considérations toutes différentes; il faudra donc nous contenter de faire pour elles, autant que possible, la même chose que pour les premières.

5°. Au lieu de considérer *à priori* (c'est-à-dire en faisant abstraction des dispositions du Droit civil et du Droit prétorien) : *quelles sont les variétés du fait de Possession* (bien entendu en se restreignant à celles qui paraissent pouvoir déterminer un législateur à établir dans les résultats juridi-

Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. (*Macer, L. 15, § 1, qui satisd. cogunt.*) *

ques de ce même fait des variétés correspondantes), les jurisconsultes romains ont constitué toutes leurs divisions de la Possession en conséquence des conditions exigées, pour tel ou tel effet juridique, soit par ce qu'ils appelaient le Droit civil, soit par leur Droit prétorien. C'est ce qu'annoncent assez les expressions mêmes dont ils se sont servis pour désigner la plus importante de ces divisions : *Possession civile*, c'est-à-dire Possession à laquelle une loi proprement dite (probablement la loi des Douze-Tables) avait attaché des effets juridiques, et *Possession naturelle*, c'est-à-dire (d'après ce que nous avons établi dans notre *Introduction* en recherchant le véritable sens du mot *naturel* opposé au mot *civil*), Possession n'ayant que des effets indépendans de la loi proprement dite, en d'autres termes, des effets du Droit prétorien, lequel Droit avait la prétention de se modeler sur la nature humaine, parce qu'il sanctionnait les institutions admises ou les principes reconnus chez la généralité des nations de l'époque.

Cela posé, il est évident :

1^o qu'avant de transporter dans notre Droit ou dans tout autre Droit moderne les divisions des jurisconsultes romains, il faut s'assurer que ces divisions ne reposent pas sur quelque circonstance particulière à l'organisation sociale des Romains, ou bien à quelque erreur, soit des législateurs, soit des jurisconsultes, qui ont constitué cette branche de leur Droit ;

2^o que, dans tous les cas, il n'y a pas lieu d'adopter les expressions *Possession civile*, *Possession naturelle* dans les pays où, comme en France, l'on ne connaît d'autres effets juridiques que ceux qui résultent des lois proprement dites, et où le juge ne peut faire autre chose qu'exécuter les volontés du législateur.

Quoi qu'il en soit, je ne doute pas qu'on ne puisse retirer encore dans ces pays beaucoup de fruit de l'étude des textes du Droit romain sur cette matière, si on parvient à les bien comprendre ; mais, pour les bien comprendre, il faut d'abord être sûr des acceptions que leurs auteurs ont données aux mots *Possessio*, *Possessor*, *Possidere*, et malheureusement on serait tenté de croire que les jurisconsultes romains n'ont point été d'accord entre eux à ce sujet, lorsqu'on remarque combien de peine leurs interprètes ont aujourd'hui à s'entendre sur ce point.

Contentons-nous de faire connaître l'opinion de M. de Savigny.

Suivant lui, la *Possession civile* est celle qui présente tous les carac-

Exception (1). *Liberos homines.... possidemus. (Inst. pp., per quas pers. nob. adq.)*

tères exigés par le Droit romain pour l'*Usucapion* ; le Droit civil proprement dit ne s'étant occupé de la Possession que sous ce point de vue, les juriconsultes ont cru devoir réserver à ce seul cas le nom de Possession civile.

Quant à l'expression Possession naturelle, M. de Savigny croit que les juriconsultes romains l'ont employée en deux sens tant soit peu différents : quelquefois ils appellent Possession naturelle toute Possession qui n'a point les caractères exigés par la loi pour l'*Usucapion* ; mais plus ordinairement la Possession naturelle est celle qui ne présente pas même les conditions nécessaires pour obtenir du Préteur la protection promise par son Édit et qu'il assure au moyen de ce qu'on appelait *possessoria interdicta*.

En conséquence, M. de Savigny en prenant le mot *Possession lato sensu*, distingue trois espèces de Possessions, la Possession civile ou bien *Possessio ad Usucapionem*, la Possession prétorienne ou bien *Possessio ad interdicta*, et la Possession purement naturelle.

Il fait ensuite remarquer que dans les cas où les juriconsultes emploient le mot *Possessio* sans épithète, c'est presque toujours de la deuxième espèce de Possession qu'ils veulent parler.

Il ajoute que, dans le cas de la troisième espèce de Possession, la plupart des juriconsultes romains ont préféré se servir des expressions *detentio*, *nuda detentio*, *detinere*, *tenere*, *in possessione esse*.

Enfin, il fait observer que l'expression négative *non possidet civiliter*, tantôt indique simplement l'absence des caractères exigés pour la Possession civile, tantôt signifie que le Droit romain ne permet de voir dans les circonstances dont il s'agit aucune espèce de Possession, ou qu'il y reconnaît tout au plus la troisième espèce.

(1) Cette exception est plutôt apparente que réelle, car, aussitôt qu'il a été reconnu que l'homme que l'on considérerait comme esclave est un homme libre, il ne peut y avoir lieu à aucun des effets de la Possession, sauf peut-être à faire encore application des principes que nous poserons aux Nos II et III ci-après, sur l'acquisition de la Possession par les personnes *alieni juris* : ce n'est effectivement qu'à cette occasion que le texte ci-dessus cité suppose qu'un homme libre puisse être possédé.

N° II. Une personne ayant la capacité légale et manifestant la volonté de retirer de la chose, pour soi-même ou pour autrui, directement ou par une autre personne, tous les avantages qu'un propriétaire a le droit de retirer de ce qui lui appartient.

§ 1^{er}. Capacité légale d'avoir soi-même sur la chose le droit de propriété (1), ou bien d'être l'instrument d'une autre personne (2) qui acquerra ou exercera par nous le droit de propriété.

A. Capacité d'être soi-même propriétaire (3).

Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere pos-

(1) Je n'ajoute pas : ou bien un démembrement du droit de propriété, parce que je pense qu'il n'y a point d'individu qui soit en même temps capable d'avoir un démembrement de la propriété, et incapable d'avoir la propriété entière, bien entendu, lorsqu'on regarde comme propriété intégrale même le domaine *bonitaire* des choses *mancipi*.

(2) Il peut y avoir quelquefois un intermédiaire, et même plusieurs, entre la personne qui a la puissance immédiate sur la chose et celle à qui est référée la qualité de propriétaire (V. L. 56, h. t.). Il peut se faire aussi que celui qui a la puissance immédiate, tout en se considérant comme propriétaire, reconnaisse qu'il n'exerce en ce moment cette puissance, que comme représentant un autre individu. (V. L. 57.) Nous placerons les textes qui ont pour objet ces diverses complications dans un *Appendix* au § II^e ci-après.

(3) Il y aurait ici un renvoi à faire au Titre précédent, si ce Second Livre de notre *Chrestomathie* n'était pas exclusivement consacré aux droits et devoirs des *Personnes capables* : d'après le plan de cet ouvrage, nous avons dû réserver pour notre Troisième Livre l'indication des personnes qui ne peuvent pas devenir *propriétaires*, et, en conséquence, nous n'avons eu à indiquer dans le Second qu'une seule incapacité d'acquérir le droit de propriété, savoir, l'incapacité respective du mari et de la femme, incapacité qui, étant purement *relative*, n'appartient pas à notre Troisième Livre. Ici nous n'avons à citer que le texte qui fait de cette même incapacité un empêchement à ce qu'un époux acquière *certaine possession* des biens de l'autre époux ; je dis *certaine possession*, car la condition qui fait l'objet de ce Numéro n'est point de l'essence de toute *Possession* ; c'est une des conditions accidentelles qui donnent lieu à la division de la Possession en plusieurs variétés.

sunt, habere, possidere non possunt : quia possessio non tantum corporis, sed et juris est. (*Papinian. L. 49, § 1, h. t.*)

Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam : quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem ? (*Paul. L. 1, § 4, h. t.*)

B. *Capacité d'être l'instrument d'un autre individu qui acquiert ou exerce* (1)
par nous le droit de propriété (2).

(Voyez ci-dessus (pag. 96 et 136), dans notre Livre I^{er}, la 4^e division des personnes.)

Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habemus acquiritur nobis, sed etiam possessio ; cujusque enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur. (*Gaius, L. 10, § 2, de adq. rer. dom.*)

..... per ancillam quin possis nancisci possessionem non dubitatur. (*Paul. L. 1, § 12, h. t.*)

Per eum in quo usumfructum habemus, possidere possumus, sicut ex operis suis acquirere nobis solet : nec ad rem pertinet, quod ipsum non possidemus : nam nec filium. (*Paul. L. 1, § 8, h. t.*)

(1) En expliquant quelles sont les personnes qui ont la capacité d'acquérir à d'autres la Possession, nous expliquerons nécessairement dans quels cas un individu a capacité d'acquérir la Possession par un autre.

(2) De ce que nous venons de dire à la fin de la note 5 de la page précédente, il suit : que la personne qui serait incapable d'acquérir un démembrement de la propriété, mais non la propriété intégrale, pourrait encore avoir une certaine Possession. N'y a-t-il qu'une seule espèce de Possession possible pour les personnes qui ne peuvent pas devenir propriétaires, ou bien y aurait-il des variétés à distinguer suivant que parmi ces personnes les unes se trouveraient capables d'acquérir des démembrements plus étendus que ceux qui peuvent appartenir aux autres ?

Possessio quoque per servum, ejus ususfructus meus est, ex re mea, vel ex operis servi, acquiritur mihi : cum et naturaliter a fructuario teneatur, et plurimum ex jure possessio mutuetur. (*Papin. L. 49, h. t.*)

Sed et per eum quem bona fide possidemus, quamvis alienus sit vel liber, possessionem adquirimus. (Quod) si mala fide eum possideamus, non puto adquiri nobis possessionem per eum. Sed nec vero domino, aut sibi, adquiret, qui ab alio possidetur. (*Paul. L. 1, § 6, h. t.*)

Per servum corporaliter (*nobis*) pignori datum, non adquirere nos possessionem, Julianus ait : ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri : ad usucapionem. Nec creditori : quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat. (*Paul. L. 1, § 15.*)

Per servum in fuga agentem si neque ab alio possideatur neque se liberum esse credat, possessio nobis acquiritur. (*Hermog. L. 50, § 1, h. t.*)

..... servus alienus (*Vitellius scribit*) sive a me, sive a nemine possideatur, potest mihi adquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur : quod et ipsum admittendum est. (*Ulp. L. 34, § 2.*)

Veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium acquirere quod sit ejusdem hereditatis..... (*Paul. L. 1, § 16.*)

Per eum, quem justo ductus errore, filium meum et in mea potestate esse existimo, neque possessio, neque dominium, nec quicquam aliud ex re mea, mihi quæritur. (*Hermog. L. 50.*)

Generaliter quisquis omnino *nostro nomine* sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus : nos possidere videmur (1). (*Gaius, L. 9.*)

(1) La L. 1, § 20 ajoute aux *procurcurs*, les *tuteurs* et les *curateurs*.

§ II. *Intention manifestée de retirer de la chose tous les avantages qu'un propriétaire a droit de retirer de ce qui lui appartient.*

A. *Intention de la part de la personne qui a immédiatement la chose en sa puissance d'agir dans son propre intérêt, c'est-à-dire en s'attribuant à soi-même la qualité de propriétaire (1).*

.... adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. (*Paul. L. 3, § 1, h. t.*)

Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat (2), licet corpore in fundo sit. (*Paul. L. 41, h. t.*)

Furiosus non potest incipere possidere quia affectionem tenendi non habet, licet maxime corpore suo rem contingat; sicuti si quis dormienti aliquid in manum ponat (3). *Paul. L. 1, § 3, h. t.*)

.... sed pupillus tutore auctore incipiet possidere (4). (*Id., ibid.*)

Offilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris aucto-

(1) Ne pourrait-il pas arriver que celui qui n'a nullement l'intention de posséder comme le représentant ou l'ayant droit d'une personne certaine, ne s'attribuât cependant à lui-même qu'un démembrement du droit de propriété? Cela n'est pas impossible, mais bien peu probable. N'ayant trouvé aucun texte relatif à cette hypothèse, nous n'avons pas cru devoir en faire ici l'objet d'une rubrique spéciale; mais nous y reviendrons dans notre article II, où nous examinerons la question de savoir quelles modifications devraient éprouver, pour s'appliquer à cette hypothèse, les règles qui déterminent les effets de la Possession en faveur de celui qui s'attribue la qualité de propriétaire intégral.

(2) *Possidere* veut dire ici simplement : avoir la chose en sa puissance.

(3) Celui-ci n'a pas même conscience du fait de sa puissance.

(4) Le tuteur et le pupille ne font alors qu'une seule et même personne, tant pour la puissance que pour l'intention; ne faut-il pas confondre ce cas avec celui où le tuteur seul a la chose immédiatement en sa puissance avec l'intention que le pupille profite de cette circonstance?

ritate possidere incipere posse pupillum aiunt; cum enim rem facti non juris esse; quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sint ut intellectum capiant. (*Id.*, *ibid.* Cf. L. 32, § 2, *h. t.*)

Infans possidere recte potest (1), si tutore auctore cœpit : nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. (2) Utilitatis enim causa hoc receptum est (3) : nam alioquin nullus sensus sit infantis accipiendi possessionem. (*Paul.* L. 32, § 2, *h. t.*)

Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quæritur. Quamvis enim sint auctorum sententiæ dissidentes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus posses-

(1) Ici *possidere* me paraît s'entendre des effets juridiques de la Possession, car c'est réellement le tuteur qui a la chose en sa puissance.

(2) Comment peut-il y avoir *auctoritas* à l'égard de l'*infans*? Quel est le *fait*, quelles sont les paroles que l'enfant fera ou prononcera sous l'inspiration de son tuteur? — Il me semble que l'enfant, de quelque manière que son tuteur intervienne, n'aura ni conscience de son pouvoir de fait, ni intention d'en profiter pour retirer soi-même ou procurer à un autre les avantages qu'un propriétaire a droit de retirer de ce qui lui appartient.

(3) Il semblerait résulter de ces mots que le tuteur ne pouvait pas tout seul rendre son pupille possesseur; en effet, sans cela quelle nécessité y avait-il de décider que l'enfant pouvait, avec l'autorisation de son tuteur, acquérir la possession? Cependant telle n'est pas l'opinion de Domat. Quand même on établirait qu'à Rome le tuteur n'acquerrait aucun droit à son pupille, il semble qu'on aurait tort d'en conclure qu'il ne peut pas non plus acquérir la possession.... Mais dans ce système, je demanderai pourquoi on ne trouve aucun texte qui contienne quelque chose d'analogue en faveur du fou? Est-ce que le même motif d'utilité ne militait pas pour lui comme pour l'enfant? est-ce qu'il était plus difficile de défendre une volonté du fou que de la supposer de la part d'un enfant de six mois en tuteur d'agir comme propriétaire?

sionem per traditionem esse quæsitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. (*Decius, L. 3, C. de possess.*)

Cette intention doit-elle toujours exister, ou bien suffit-il, après qu'elle a été manifestée, qu'il ne survienne pas d'intention contraire?

Possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. (*Ulp. L. 17, § 1, h. t.*)

Si, is qui animo possessionem saltus retineret, furere cœpisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere (1), quia furiosus non potest desinere animo possidere. (*Proc. L. 27. Cf. Ulp. L. 29, h. t.*)

In amittenda quoque possessione affectio ejus qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest. (*Paul. L. 3, § 6.*)

Et si alii tradiderim, amitto possessionem. Nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus. (*Paul. L. 3, § 9.*)

Et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur : et ita Neratius quoque scribit. (*Paul. L. 7.*)

Si furioso, quem suæ mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis fuit constitutus, rem tradideris : licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis. — Sufficit quippe dimittere possessionem, etiam si non transferas. Illud enim ridiculum est, dicere,

(1) Cette loi paraît une conséquence du système que le concours de certain fait avec l'intention étant nécessaire pour acquérir la possession, le même concours est nécessaire pour la perdre ; mais ce système nous paraît inadmissible.

quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat : imo vult dimittere, quia existimat se transferre. (*Cels. L. 18, § 1, ff, de poss.*)

Quid, si cette intention vient à faire place à celle d'agir comme représentant d'une autre personne?

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere : nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet cujus nomine possidetur ; procurator alienæ possessioni præstat ministerium. (*Celsus, L. 18.*)

Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit : quæro utrum desinat possidere, annon? respondi : in promptu est ut possidere desierit. (*Marcell. L. 19.*)

B. *Intention, (a) de la part de celui qui a immédiatement la chose en sa puissance d'agir comme simple représentant (c'est-à-dire sans s'attribuer à soi-même aucun droit) d'une autre personne sur laquelle on reporte la qualité de propriétaire (1), et (b) de la part de cette autre personne, de profiter (2) du fait et de la bonne volonté du représentant.*

(a) *Intention de la part du représentant.*

. ille, per quem volumus possidere, talis esse

(1) Il peut arriver, même assez souvent, que celui qui a la chose en sa puissance immédiate se considère comme représentant d'une autre personne, sans attribuer à celle-ci le droit intégral de propriété ; mais c'est qu'alors il considère cette personne comme représentant elle-même le propriétaire. Nous parlerons plus loin de cette hypothèse. Il peut arriver aussi, mais cela n'est guère vraisemblable, que sans considérer celui qu'on représente comme représentant lui-même un tiers, on ne lui attribue cependant qu'un démembrement de la propriété ; nous renouvelons à l'égard de cette hypothèse l'observation faite dans la note ci-dessus, p. 225.

(2) *Quid* si cette dernière personne, dans le cas même où la première aurait l'intention d'exercer pour elle ou de lui acquérir le droit intégral

debet, ut habeat intellectum possidendi (1). (*Paul. L. 1, § 9, h. t.*)

.... si furiosum servum miseris ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem (*Paul. L. 1, § 10.*)

Quod si impuberem miseris (2) ad possidendum, incipies possidere : sicut pupillus, maxime tutore auctore, acquirit possessionem (3). (*Paul. L. 1, § 11.*)

.... per servum, ... impuberem acquirit possessionem. (*Paul. L. 1, § 13, h. t.*)

Quamvis pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur, possessionem tamen per eum retinemus. (*Paul. L. 32, h. t.*)

Hæc quæ de servis diximus (4) ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem (5). Nam si jubeas servum

de propriété, n'entendait elle-même acquérir ou continuer d'avoir qu'un simple démembrement? Les textes nous manquent encore à l'égard de cette hypothèse.

(1) Faut-il voir une exception à cette règle dans ce qui est dit plus bas de l'impubère?

(2) Il faut au moins supposer que l'esclave, quoique impubère, s'est mis en rapport avec la chose, et qu'il y a eu à son égard disposition des autres hommes à ne mettre aucun obstacle à ce qu'il agisse comme représentant du propriétaire.

(3) Que le pupille autorisé par son tuteur puisse posséder (pour soi ou pour autrui), cela s'explique par la puissance légale du tuteur, si le fait et la volonté de ce dernier sont, lorsqu'il agit comme tuteur, considérés comme fait et volonté du pupille..... Mais peut-on conclure de là, qu'un impubère *alieni juris*, ou un pupille non autorisé de son tuteur, peut acquérir la possession à autrui? Je ne le conçois qu'autant qu'il y a *mandat* ou *ordre* (*jussus*); encore faut-il que le public en ait eu connaissance, car sans cela chacun pourrait dire : *Je n'ai aperçu de la part de personne la volonté de s'attribuer la propriété de la chose : si pareille volonté avait été manifestée, je m'y serais opposé.*

(4) De leur capacité de posséder pour autrui (soit pour leur maître, soit pour un autre); voyez ci-dessus, p. 223.

(5) Ce texte signifie-t-il seulement que notre esclave n'acquiert pas pour nous lorsqu'il a l'intention d'acquérir pour un autre? ou bien vou-

tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio. (*Paul. L. 1, § 19.*)

Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva filius ait (1) : licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ; ideoque interim etiam usucapi ; sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit ejus possessionem. — Possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos quos in provincia habemus, Cassii et Juliani sententia est. (*Paul. L. 1, § 14.*)

Per servum in fuga agentem, si neque ab alio possideatur, neque se liberum esse credat (2), possessio nobis adquiretur. (*Hermog. L. 50, § 1.*)

Rem quæ nobis subrepta est perinde intelligimur desinere possidere, atque eam quæ vi nobis erepta est. Sed si is qui in potestate nostra est subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem : quia

draît-il dire que notre esclave doit avoir l'intention formelle d'acquérir pour nous ?

De la comparaison des L. 34, § 2, *h. t.*, et L. 31, § 2, *de usuc.*, avec les L. 1, § 15, 6, 8, 12, 16 et 17, *h. t.*, L. 49 et 50, § 1, *h. t.*, et L. 10, § 2, *de adq. rer. dom.*, il paraît résulter : 1° que tout esclave peut acquérir pour nous lorsqu'il en manifeste l'intention (*si meo nomine possessionem adipiscatur*), sauf peut-être le cas où l'esclave héréditaire voudrait acquérir à l'héritier même, soit l'hérédité, soit une chose héréditaire (*V. L. 1, § 16, 17 et 18*) ; et 2° qu'au contraire, sauf ce qui est dit dans la L. 50, § 1 ci-après, les esclaves qui nous appartiennent, soit intégralement, soit partiellement, ou que nous possédons de bonne foi, acquièrent pour nous toutes les fois qu'ils ne manifestent pas l'intention d'acquérir pour une autre personne capable d'acquérir par eux. Quant aux fils de famille, Voyez ci-dessus, pag. 224, la L. 50, *pp.*

(1) L'opinion de Nerva, opposée à celle de Cassius et de Julien, n'a pas prévalu.

(2) Qui donc possède dans ce cas ?

per hujusmodi personas adquiritur nobis possessio. Et hæc ratio est, quare videamur fugitivum possidere : quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest. (*Gaius, L. 15.*)

Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur ; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem (non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent), nobis non possunt adquirere. Alioquin, si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem qui nostro nomine accipiunt, futurum ut, neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem. (*Paul. L. 1, § 20.*)

(b) *Intention de la part du représenté de profiter du fait et de la bonne volonté du représentant, c'est-à-dire d'agir et d'être considéré comme un propriétaire (1) qui exerce son droit par un autre individu.*

Si non ex causa peculiari quærat^r aliquid, scientiam (2) domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem. (*Papin. L. 41, § 1, h. t.*)

(1) *Quid, s'il entend profiter de la chose seulement comme investi d'un démembrement du droit de propriété? Dans ce cas, ou bien il se considère lui-même comme représentant d'un tiers sur qui il reporte la qualité de propriétaire, ou bien, tout en s'attribuant à soi-même seulement un démembrement du droit de propriété, il ne reconnaît cependant pour propriétaire aucun autre individu déterminé ; quant à la première hypothèse, voyez l'Appendix ci-après ; quant à la deuxième, qui est bien peu vraisemblable, je n'ai trouvé aucun texte qui s'en occupât.*

(2) Les deux textes qui suivent prouvent que dans celui-ci il faut entendre par *scientia* la même chose qu'on exprime ailleurs par le mot *animus*, c'est-à-dire l'intention de recueillir, par soi-même ou par autrui, avec ou sans concours d'autres personnes, les avantages attachés au titre de propriétaire. Il est évident qu'une des conséquences du principe, « que le représenté doit avoir l'*animus possidendi*, » c'est qu'en vain on aurait l'intention de rendre possesseur un fou ou un enfant. Mais cette conséquence peut-elle atteindre le tuteur de l'enfant ou le curateur du fou ? Je

Pupillus per servum. . . . acquirit possessionem. Si, tu tore auctore, iusserit eum ire in possessionem. (*Paul. L. 1, § 15.*)

Per liberam personam *ignoranti* quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenierit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione æquitatis quam juris pridem receptum est. (*Scr. et Ant. L. 1, C. de adq. possess.*)

Procurator, si quidem, mandante domino, rem emerit, protinus ille acquirit possessionem ; quod si sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emptionem. (*Ulp. L. 42, § 1, h. t.*)

Si *procurator* rem mihi emerit *ex mandato meo*, eique tradita sit *meo nomine* (1), dominium (2) mihi, id est proprietas acquiritur, etiam *ignoranti* (5). (*Neratius, L. 15, de adq. rer. dom.*)

ne le pense pas, quoique la L. 1, § 20, semble les placer, par rapport à la possession, sur la même ligne que le *procurator* : n'ont-ils pas en effet le pouvoir légal de *vouloir* à la place de l'incapable confié à leurs soins ? Il faut cependant reconnaître que la question présente en Droit romain de grandes difficultés. (*V. les L. 52, § 2, h. t. et L. 5, C. eod.*)

(1) C'est-à-dire au procureur acceptant dans l'intention d'acquérir au mandant. . . . — Faut-il que celui qui a livré ait connu cette intention ?

(2) Cette loi ne parle que du *domaine*, mais comme il est de principe que la *tradition* ne transfère le domaine qu'en transférant la possession, on pourrait invoquer cette loi pour soutenir que mon mandant ne m'acquiert la possession que lorsque *res ei traditur meo nomine*.

(5) Le mot *ignorans* est pris ici, et dans le passage suivant, dans un sens bien moins strict que dans les LL. 1, § 5 ; 3, § 12 et 24 *h. t.* ; dans ces dernières lois, on a eu en vue le cas d'une ignorance complète, c'est-à-dire le cas où le représenté n'a pas même lieu de conjecturer que la chose soit possédée en son nom ; tandis que dans les L. 15, *de adq. rer. dom.*, et L. 1, *C. de adq. posses.*, le représenté, ayant tout lieu de penser que son mandat a été accompli, doit nécessairement conjecturer que

..... *adquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate est, et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino, et Cassio, et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere qui eis peculium habere permisimus* (1). — Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus (2) adquirunt possessionem et usucapiunt (3), et hæres, si hereditarius hæres emat. (*Paul. L. 1, § 5, h. t. Cf. L. 52, § 2, h. t.*)

Cæterum animo nostro, corpore etiam alieno, possidemus : sicut diximus, per colonum et servum. Nec movere nos debet quod quasdam (res) etiam *ignorantes* possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt ; nam videmur eas corundem et animo et corpore possidere (4). (*Paul. L. 3, § 12, h. t.*)

son procureur lui a acquis la possession. Au reste, cette difficulté appartient au N° IV plutôt qu'à celui-ci : en effet, dans le cas des *L. 15, de adq. rer. dom.*, et *L. 1, C. de adq. poss.*, il y a *intention de posséder*, mais c'est la *conscience du pouvoir* qui n'existe pas encore.

(1) Pour qu'un esclave acquière à son maître la possession des choses qui feront partie de son pécule, faut-il qu'il ait préalablement obtenu l'autorisation d'en avoir un ? Quand même cela serait ainsi, il me semble impossible d'en conclure qu'il y a *animus possidendi* du maître pour chacune des choses que l'esclave acquerra ; en effet ne serait-il pas aussi raisonnable de dire que, tout individu capable d'acquérir étant présumé vouloir ce qui lui est utile, il y a *animus possidendi* de la part d'un semblable individu pour tout ce qui tombe sous sa puissance immédiate ou médiate.

(2) Cependant ce n'est certainement pas l'enfant qui a permis à l'esclave d'avoir un pécule. — Quant au furieux, il pourrait, j'en conviens, avoir donné cette permission avant de tomber en démence.

(3) Il paraît résulter de la *L. 1, C. de adq. poss.*, qu'en vertu du mandat, le mandant acquiert bien la possession avant d'avoir connaissance que la chose est au pouvoir du mandataire, mais que l'usucapion ne peut commencer qu'après que cette connaissance lui est parvenue ; comment donc une volonté indéterminée produit-elle ici plus d'effet que la volonté précise ?

(4) Mais le commencement de la loi semble exiger *animus noster*.

Quod servus tuus, ignorante te, vi possidet, id tu non possides (1): quoniam is qui in tua potestate est, ignorantī tibi non corporalem possessionem, sed justam potest adquirere: sicut id quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet; nam tum per servum, dominus quoque possidere dicitur; summa scilicet cum ratione: quia quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est; et peculium quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. Quod vero maleficiis apprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam apprehendit. (*Javol. L. 24, h. t.*)

Quidquid filius peculiari nomine apprehenderit, id statim pater ejus possidet, quamvis ignoret in sua potestate filium (2). Amplius, etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur, idem erit probandum (3). (*Ulp. L. 4, h. t.*)

Qu'arriverait-il, si (de la part du représentant ou de celle du représenté) il y avait cessation ou changement d'intention.

(a) *de la part de l'agent ou représentant?*

..... si furere incipiant, ... intelligimur nos retinere possessionem. (*L. 25, § 1, h. t.*)

Illud quoque a veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse (4). (*Paul. L. 3, § 19.*)

(1) Le maître ne possède-t-il pas, dans ce cas, comme posséderait celui qui, par soi-même, se serait emparé violemment d'une chose? — Sion décide que le représenté n'a acquis aucune possession, quelle sera donc celle du représentant?

(2) Il est évident qu'on ne peut pas dire alors qu'il y a intention de la part du père d'acquiescer tout ce que le fils acquerra à titre de pécule.

(3) Voyez, p. 224, la L. 50, pp. et p. 230, la même L. 50, § 1.

(4) Il paraît que, dans l'origine (*V. L. 3, § 20, h. t., L. 33, § 1, de usurp.*, et *L. 2, § 1, pro hærede*)¹, cette règle n'avait en vue que le cas où

Ex libris Sabinianis quæstionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei, eam dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiat-ur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino præjudicii generetur : ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberæ conditionis est, competentibus actionibus subjungetur : omni jactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter vel dolose versatus est. Sin autem, necdum sub manibus procuratoris, vel coloni, vel inquilini, vel servi, possessio facta est, sed ipse eam accipere desidia vel dolo supersedit : tunc et ipse, qui eum transmisit, ex mala sua electione præjudicium circa eam possessionem patiat, ex memoratarum personarum, vel machinatione, vel negligentia accedens. Hoc etenim tantum sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab iis quos transmiserit : non ut etiam lucrum sibi per eos aliquod adquirat : cum et antiqua regula juris, quæ definivit deteriorem conditionem per servum domino nullo modo fieri, tunc locum habeat, cum dominus de damno periclitetur, non cum sibi lucrum per servum adquiri deside-

l'individu qui avait pris possession de la chose en son propre nom mais à tout autre titre que celui d'héritier du propriétaire, voulait ensuite la posséder à ce dernier titre. (V. ci-après, dans l'Article de l'*Usucapion*, les § 52 à 58 du *comm. 2 de Gaius*.) — Lorsque quelques jurisconsultes (V. *Julian. L. 1, § 1, pro hærede*) étendirent cette même règle aux personnes qui détenaient pour autrui, eut-elle un autre objet que de régler l'*usucapion pro herede* ? — Ce qui est certain, c'est qu'en la conservant dans le Digeste, Justinien l'a supposée susceptible d'une toute autre application, puisque l'hypothèse unique à laquelle elle s'appliquait autrefois ne peut plus se présenter dans le nouveau Droit. (V. ci-après n° IV.)

rat. *Salva videlicet in hoc casu domino rei, vel ei qui ad eam detinendam præfatas transmiserit personas, adversus eas omni actione, (si qua ex legibus ei competit) servata. (Justinian. L. 12, C. de adq. poss. Cf.¹ L. 31, de dol. mal.)*

(b) *de la part du représenté?*

(Voyez ci-dessus, p. 227 et 228, ce que nous avons dit pour le cas de la possession immédiate.)

C. *Intention*, 1° *de la part de celui qui a la puissance immédiate sur la chose d'agir tout à la fois (1), dans son propre intérêt mais en s'attribuant seulement un démembrement du droit de propriété, et dans l'intérêt d'une autre personne qu'il considère comme ayant le complément de ce droit ;* 2° *de la part de cette dernière personne, de profiter du fait et de la bonne volonté de la première.*

Communis servus, etiamsi ab uno ex dominis omnium nomine possideatur, ab omnibus possideri intelligitur (2).
(Ulp. L. 42, pp. h. t.)

(1) Ne serait-il pas possible que celui qui est en rapport immédiat avec la chose ne s'attribuât qu'un démembrement de la propriété, sans en attribuer le complément à tel individu déterminé? Il faut dire de cette hypothèse ce que nous avons dit dans les notes 1, pag. 225, et 1, p. 235, que si cela est possible, au moins cela n'est guère probable; au reste, il est évident que la possession devrait avoir dans ce cas tous les effets *absolus* qu'elle produit en faveur de celui qui attribue à un autre la portion du droit de propriété qu'il ne s'attribue pas à lui-même. Nous verrons dans le Chapitre II^e de ce Titre comment cette hypothèse est la source d'une objection grave contre le système qui refuse de voir dans la possession du locataire une possession capable des effets légaux, et notamment des *interdits possessores*.

(2) Si on prenait cette loi à la lettre, il en résulterait que la volonté de celui pour qui on possède n'est pas toujours nécessaire, même hors le cas des choses péculiaires; mais je crois que le jurisconsulte a seulement voulu dire qu'un communiste peut posséder non-seulement pour soi, mais aussi pour ses associés, pourvu que les autres conditions de la possession se rencontrent.

Per communem servum, sicut per proprium, adquirimus : etiam singuli in solidum si hoc agat servus ut uni adquirat; sicut in dominio acquirendo. (*Paul. L. 1, § 7, h. t.*)

Si quis fundum emerit cujus particulam sciebat esse alienam si pro indiviso..... cum usucapere posse, quod, sine ullius damno, pars quæ putatur esse vendentis, per longam possessionem ad emptorem transit. Sed et Pomponius scripsit.... si sciat vel putet alienum esse usumfructum, bona fide diutina possessione capere posse; idem, inquit, et si emero rem quam sciam pignori obligatam. (*Marcian. L. 43, h. t.*)

..... per colonos et inquilinos nostros possidemus (1). (*Pomp. L. 25, § 1, h. t.*)

Faut-il que l'intention persiste? Qu'arrive-t-il si le représenté ou le représentant viennent à changer d'intention (2)?

..... nec inter colonum et servum nostrum per quem possessionem retinemus quicquam interest. (*Pomp. L. 25, § 1; Cf. L. 1, § 19 et 20, ci-dessus, pp. 230 et 231.*)

..... si.... furere incipiant aut alii locent, intelligimur nos retinere possessionem. (*Pomp. L. 25, § 1, h. t.*)

..... aliud existimandum..... si colonus sponte possessione discesserit... (3). (*Afric. L. 40, § 1, h. t.*)

(1) S'il n'y a pas de texte qui exige expressément l'intention du fermier de posséder au nom du locataire pour que ce dernier puisse se prévaloir de la possession du premier, c'est que cette intention est supposée par la qualification même de *fermier*.

(2) Quant au représenté, il faut appliquer à la possession médiate tout ce que nous avons dit relativement à cette question dans le cas de la possession immédiate (*V. p. 227, L. 17, § 1, et L. 27, h. t., Voy. aussi L. 30, § 4, h. t.*).

(3) L'opinion de Sabinus, qu'Africain professe, et que Pomponius suit également dans la *L. 31, h. t.*, est contraire à celle de Proculéiens (*V. L. 31, de dol. mal.*); Justinien a donné la préférence à cette dernière opinion. (*Voy. ci-dessus L. 12, C. de adq. poss.*)

Si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato, tibi possidere, neque reddere, constitueris : confestim amisisse me possessionem, vel ignorantem, responsum est (1). Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit (2), veteris possessionis damnum adferre consuevit : idque *Nerva filius libris de usucapionibus retulit*. Idem scribit, aliam causam esse hominis commodati omissa custodia : nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere cœperit ; videlicet ideo, quia potest homo, proposito redeundi, domino possessionem sui conservare, cujus corpore cæteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quæ ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio : homines autem retinentur, si fevertendi animum haberent. (*Papin. L. 47.*)

Si rem apud te depositam, furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et inficiandi animum habeas ; plerique veterum, et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere : quia *furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur*. (*Paul. L. 3, § 18.*)

(1) Ne faut-il pas qu'il y ait eu *contrectatio* depuis que le représentant a conçu l'intention de ne plus agir dans l'intérêt d'autrui ? De plus, en insérant dans le Digeste la règle, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, alors qu'elle ne pouvait plus s'entendre de celui qui, possédant déjà pour soi-même, aurait seulement voulu posséder *pro hærede*, tandis qu'il possédait à tout autre titre, Justinien n'a-t-il pas entendu que, soit à l'égard des meubles, soit à l'égard des immeubles, celui qui possédait pour autrui ne pourrait point, par cela seul qu'il en aurait l'intention, transformer sa possession en possession *pro domino* ?

(2) Il paraît résulter de la Loi 40 ci-après que lorsqu'il s'agissait d'immeubles, l'intention du représentant de ne plus posséder que pour soi, ne suffisait pas pour faire cesser la possession du représenté.

Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit, emptorique tradi jusserit, nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum (*possessionem domini*?) intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur : quid enim, si alia quæpiam fuit justa et rationalis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret? (*Marcel. L. 20.*)

Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit : non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem (1). (*Paul. L. 3, § 20.*)

Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur. (*Javol. L. 21, § 3.*)

Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione. Quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur, quod novissime factum est. Et hoc Pomponius ait. (*Ulp. L. 10.*)

Si conductor rem vendidit, et eam ab emptore conduxit, et utrique mercedes præstitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet. (*Paul. L. 32, § 1.*)

D (OU APPENDIX). *Du cas où la personne qui a la chose immédiatement en sa puissance agit comme représentant une autre personne qui elle-même se considère comme l'agent ou ayant droit du propriétaire* (2).

Si de eo fundo, quem, cum possiderem, pignori tibi de-

(1) Il semblerait résulter de ce texte que la règle, *nemo causam*, etc., n'est pas applicable au dépositaire ou au commodataire qui voudrait posséder désormais comme propriétaire, mais c'est un vestige de l'ancienne signification de cette règle ; aujourd'hui la raison que Paul donne ne justifierait plus sa décision ; mais, cette décision se justifie d'ailleurs en disant que cette même règle, même dans le dernier état du Droit, ne s'applique pas au cas où l'intention du représenté concourt avec celle du représentant.

(2) Cet énoncé ne suppose pas nécessairement trois personnes : on

di, servus tuus te dejiciat, adhuc te possidere, ait : *quoniam nihilominus per ipsum servum possessionem retineas. (African. L. 40, pp.)*

Res pignoris nomine data, et possessione tradita, deinde a creditore conducta (1), convenit, ut is qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, (in) ædibus autem pro inquilino, sit; per eos creditor possidere videtur. (*Marcian, L. 37.*)

Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo *possessionem*, quia antequam conducirer debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. (*Paul. L. 37, ff. de pign. act.*)

Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. Sed et si eundem precario rogaverit, æque per diutinam possessionem capiet. Nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse (non) debet : cum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet. (*Jul. L. 36.*)

Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse : nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit : aut is apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit. (*Paul. L. 30, § 6.*)

verra, par la L. 57 ci-après, qu'il est possible que celui qui détient en se reconnaissant comme ayant droit d'une autre personne, soit cependant, à ses propres yeux comme aux yeux de cette personne, le propriétaire de la chose. D'un autre côté, il peut arriver (comme nous l'avons déjà dit) qu'il y ait plus d'une personne intermédiaire entre celle qui a immédiatement la chose en sa puissance et celle sur qui est définitivement reportée la qualité de propriétaire; il n'est pas difficile de résoudre les questions que cette hypothèse fait naître, au moyen des textes que nous citons ici, et qui ont pour objet une hypothèse moins compliquée.

(1) C'est-à-dire prise à bail du créancier par le débiteur.

Si aliquam rem possideam, et eandem postea conducam : an amittam possessionem ? Multum refert in his quid agatur. Primum enim refert, utrum sciam me possidere, an ignorem : et utrum quasi non meam rem conducam, an quasi meam : et, sciens meam esse, utrum quasi proprietatis respectu, an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas, et ego eam à te possessionem ejus rei, vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio : et sequitur, ut et precarium, et conductio, (si) specialiter possessionis solius conducendæ vel precario rogandæ animus interveniat. (*Tertyl. L. 28, h. t.*)

N° III. *Possibilité pour cette personne de faire de la chose tout ce qu'un propriétaire a droit de faire de ce qui lui appartient ; ce qui suppose :*

§ 1^{er}, qu'il n'existe aucun obstacle physique, ou bien que, s'il en existe un, il doit cesser incessamment, ou du moins avant l'époque où la personne dont il s'agit aura vraisemblablement besoin de la chose.

Non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est ut eam retinere non possit. (*Javol. L. 22, h. t.*)

..... feras bestias quas vivariis incluserimus et pisces quos in piscinas conjecerimus, à nobis possideri ; sed eos pisces qui in stagno sunt, aut feras quæ in silvis circumseptis vagantur, à nobis non possideri, quoniam relictæ sint in libertate naturali (1) : alioquin etiam si quis silvam

(1) La véritable raison, c'est que, dans ce cas, nous ne sommes pas plus en position que toute autre personne d'avoir tel gibier, tel poisson, lorsqu'il nous plaira de l'avoir. — Il n'est pas cependant nécessaire que la chose soit constamment à notre disposition, ni que nous ayons la possibilité de l'avoir à l'instant même.

emerit, videri eum omnes feras possidere : quod falsum est. (*Paul. L. 3, § 14, h. t.*)

Quidam recte putant columbas.... quæ ab ædificiis nostris volant, item aves quæ ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri (*Paul. L. 3, § 16, h. t.*)

Aves autem possidemus, quas inclusas habemus : aut si quæ mansuetæ factæ, custodiæ nostræ subjectæ sunt. (*Paul. L. 3, § 15.*)

Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri ; id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus ; nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur. (*Paul. L. 3, § 13, h. t.*)

Pomponius refert cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integrum fuit per id tempus quo erant mersi ? — Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto..... (*Ulp. L. 13, pp. eod. tit. ; Cf. L. 3, § 17, sup. cit.*)

Nec est simile fugitivo : namque fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione (2) : at in lapidibus diversum est. (*Ulp. eod. L. 13.*)

Si servus quem possidebam pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri cui se adversarium præparat ; sed hoc ita verum est si diu in libertatem moratur : alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit,

(1) Voilà un exemple des fictions introduites par les jurisconsultes dans cette matière. L'esclave fugitif a certainement cessé d'être en notre puissance, comme les pierres qui sont tombées dans le Tibre, comme les bêtes sauvages qui se sont échappées ;... et cependant on décide que l'esclave fugitif continue à être possédé.

et liberale iudicium imploraverit, nihilominus in possessione mea est, et animo eum possideo donec liber fuerit pronuntiatus. (*Paul. L. 3, § 10, h. t.*)

(*Attamen*).... alienus locus meam propriam (non) auferit (1) possessionem..... cum supra terram an infra terram possideam nihil intersit. (*Papin. L. 40, pp. h. t.*)

(*Idem dicendum*) si sub custodia mea sit (*res*) nec inveniatur, quia præsentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio. (*Paul. L. 3, § 13, h. i.*)

Peregre profecturus, pecuniam in *terra* custodia causa condiderat, cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret, an desiisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quæsitum est. Dixi, quoniam custodia causa pecunia condita proponeretur, *jus* possessionis ei qui condidisset non videri peremptum, nec infirmitatem memoriæ damnum adferre possessionis quam alius non invasit, alioquin responsurus per momenta, servorum quos non viderimus, interire possessionem. (*Pap. L. 44, pp. h. t.*)

..... quod mobile est multis modis desinimus possidere..... item si quod possidebam in aliam speciem translatum est, veluti vestimentum ex lana factum (2). (*Paul. L. 30, § 3, h. t.; Cf. L. 30, de usurp.*)

(Sed et) quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus. (*Paul. L. 30, § 3, h. t.*)

(1) Le jurisconsulte suppose sans doute que nous avons la possibilité d'aller quand il nous plaira enlever la chose du fonds d'autrui.

(2) Si le jurisconsulte a voulu dire seulement que nous ne possédons plus simplement de la laine, lorsqu'on en a fait une étoffe et puis un habit, cela est évident; mais s'il en conclut que nous ne possédons pas l'étoffe ou l'habit, il est impossible que je partage son avis : seulement, si l'étoffe a été faite contre notre volonté, il est évident que la possession de la laine a été perdue pour nous; elle l'a été avant même que l'étoffe fût finie : au fur et à mesure que l'ouvrier s'emparait de notre laine.

§ 2. que les autres hommes sont disposés à considérer et à traiter cette personne comme propriétaire ou comme représentant une autre personne sur laquelle est reportée la qualité de propriétaire (1).

Saltus hybērnos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus (2). (*Paul. L. 5, § 11, h. t.*)

Quod vulgo dicitur æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere; nam ex omnibus prædiis, ex quibus non hac mente recedimus ut amisisse possessionem vellemus, idem est. (*Ulp. L. 1, § 25, de vi et vi arm.*)

(Quid) si forte colonus per quem dominus possideret, decessisset? Propter utilitatem receptum est ut per colonum possessio et retineretur et continuaretur: quo mortuo, non statim dicendum est eam interpellari, sed tunc demum cum dominus possessionem adipisci neglexerit; . . . — Sed hæc ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper in hæreditate coloni manserit. (*Afric. L. 40, § 1, h. t.*)

Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint (discesserint ve), animo retinebo possessionem. (*Paul. L. 3, § 6.*)

Si colonus non deserendæ possessionis causa exisset de

(1) Il est évident que pour qu'on puisse dire que les autres hommes sont disposés à traiter un individu comme propriétaire de telle chose, il faut que cet individu ait manifesté l'intention de s'attribuer cette qualité.

(2) On suppose ici que la bonne disposition des autres hommes persiste, quoique nous ne soyons plus en contact avec la chose; or, cette bonne disposition suffit pour nous constituer ou du moins pour nous maintenir en possession.

fundo, et eo redisset : eundem locatorem possidere placet (1). (*Pompon. L. 51.*)

Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest : et certa pars pro indiviso, quæ introducitur, vel ex emptione, vel ex donatione, vel qualibet aliâ ex causa. Incerta autem pars nec tradi, nec capi potest ; veluti si ita tibi tradam, *quidquid mei juris in eo fundo est* : nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est, potest (2). (*Pomp. L. 26.*)

Incertain partem rei nemo possidere potest, veluti si

(1) Tant que le colon n'a pas annoncé l'intention d'abandonner la chose, et que personne ne s'en est emparé, il y a lieu de croire que le public conserve ses bonnes dispositions tant à l'égard du colon qu'à l'égard de celui au nom de qui il possédait. Au reste, nous avons vu plus haut (p. 235) que l'opinion des Sabinien, à laquelle Justinien a donné la préférence, était que le locateur peut conserver la possession, même après que le fermier a renoncé à avoir la chose en sa puissance.

(2) Il faut d'abord distinguer ici deux cas :

1°. Une certaine quantité de mesures de terre ont été considérées comme formant un tout, soit parce qu'à une certaine époque elles ont appartenu au même maître, soit par toute autre cause ; un individu annonce l'intention de n'agir en maître qu'à l'égard d'une portion de ce tout, portion déterminée en contenance et en situation (au nord ou au midi, etc. ;) il acquerra la possession : mais seulement à l'égard de cette portion, car comment prouver que le public était disposé à souffrir qu'il agit de même à l'égard des autres portions ? — S'il n'a manifesté l'intention d'agir en maître que pour une portion, et ne l'a point déterminée, alors, comme il peut se faire que le public, bien disposé quant à une partie de fonds ne le soit pas quant à l'autre, et comme, jusqu'à détermination précise, chacun peut dire : *Je ne croyais pas que vous eussiez l'intention de posséder cette partie, sans cela j'aurais réclamé*, il est évident qu'il n'y a aucune certitude que la possession renferme la condition que nous avons exprimée par ces mots : *bonne volonté des autres hommes*.

2°. Un individu exerçant, par l'effet, et de la tolérance des autres hommes et de l'absence d'obstacle physique, le droit d'occupation exclusive sur la totalité d'un fonds, a annoncé cependant qu'il ne s'attribuait à lui-même (ou à son maître ou père de famille, s'il s'agit d'un esclave ou fils

hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. (Paul. L. 3, § 2, ff. de possess.)

Quæ distinctio... *in re mobili... locum (non) habet, nunquam enim pro diviso possideri potest* (1). (Paul. L. 8, ff. de rei vindic.)

de famille) qu'une fraction du droit de propriété ; alors une sous-distinction devient nécessaire :

(a) ou bien cette fraction est une part dans tous les droits élémentaires qui constituent le droit de propriété (*condominium*) : laquelle part peut être, ou déterminée (*pro semisse, pro quadrante*), ou indéterminée ;

(b) ou bien cette fraction consiste seulement dans certains droits élémentaires constitutifs du droit de propriété, et qui sont susceptibles d'être exercés séparément des autres ; c'est, par exemple, *ususfructus, superficies, etc.*

Lorsqu'il s'agit d'une part *déterminée* de *co-propriété*, je ne vois pas sous quel prétexte on pourrait soutenir qu'il n'y a pas de possession possible ; mais je ne vois pas non plus comment on pourrait vouloir étendre les effets de la possession au-delà de ce qui a été annoncé, car chaque citoyen pourrait dire : *J'ai cru que vous n'attaquiez aucunement mes droits au restant du droit de propriété.*

Lorsqu'il s'agit d'une part *non déterminée*, je crois qu'il est difficile de soutenir qu'il y ait une possession offrant le caractère qui fait l'objet de ce N^o, chacun en effet ne pourrait-il pas dire au possesseur : *J'ai cru que vous ne vous attribuez la chose que pour une part si minime, qu'il ne valait pas la peine de s'y opposer, par exemple pour $\frac{1}{1000000}$.* — Remarquez que dans le cas prévu dans la loi 52, § 2, de *usurp.*, cité ci-après, p. 250, il y avait certitude que tous les autres hommes consentaient en faveur de ceux ou de l'un de ceux qui ont été simultanément en rapport avec le fonds, il ne pouvait donc y avoir difficulté qu'entre ces derniers.

Quant au cas où un individu, ayant la totalité d'une chose en sa puissance, ne s'attribue à l'égard de cette chose qu'un démembrement de la propriété, il est évident que la bonne disposition des autres hommes profitera tout à la fois, à celui qui est en contact immédiat avec la chose, pour le démembrement qu'il s'attribue, et à la personne qu'il reconnaît comme propriétaire, pour le complément du droit de propriété.

(1) Cette proposition n'est-elle pas trop absolue ? Sans doute, la tête ou les jambes d'un cheval ne peuvent être possédées séparément du reste de l'animal, mais n'y a-t-il pas des choses meubles qui pourraient être possédées par parties séparées, par exemple, un troupeau ?

Le contact immédiat de la personne avec la chose est-il nécessaire, au moins pour faire commencer la possession (1) ?

.... Nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest....
(Paul. L. 8, h. t.)

(a) Immeubles.

Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet. Sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire ; dum mente et cogitatione (hac) sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. (Paul. L. 3, § 1. h. t. — Non obst. L. 30, eod.)

..... proponebatur quod..... in eo agro qui donabatur fuisset cum epistola emitteretur, quæ res sufficiebat ad traditam possessionem. (Ulp. L. 77, de rei vind.)

(1) Il résulte d'un grand nombre de textes, et notamment de la L. 3, § 11, rapportée ci-dessus, que la possession ne suppose pas nécessairement le contact immédiat du possesseur ou d'un agent du possesseur avec la chose. Cependant plusieurs autres textes semblent exiger ce contact, au moins pour faire commencer la possession. Mais, s'agit-il bien dans ces textes de la possession considérée comme source du droit que nous expliquerons au Chapitre suivant, c'est-à-dire comme produisant vis-à-vis de tout le monde certains effets indépendans des droits dont le précédent possesseur pouvait être saisi et qu'il peut avoir eu l'intention de transférer au possesseur actuel ? ou bien ne s'agirait-il pas seulement de savoir comment le cessionnaire est saisi des droits de propriété du cédant que celui-ci a voulu lui conférer ?

Dans la première hypothèse, on pourrait peut-être dire, pour justifier ces textes, que jusqu'à ce qu'on ait vu tel individu en contact avec la chose, l'intention même de cet individu pouvant être révoquée en doute, il n'est pas sûr que le public ait entendu souffrir qu'il retirât de la chose tous les avantages qu'un propriétaire a droit de retirer de ce qui lui appartient.

Dans la deuxième hypothèse, ces textes appartiennent au Titre suivant, Chapitre de la Tradition ; c'est là qu'il faudra expliquer pourquoi le législateur n'a pas voulu, en général, que la propriété fût transférée par le seul consentement.

Si vicinum mihi fundum mercatum in mea turre demonstret (1), vacuamque se tradere possessionem dicat, non minus possidere cœpi quam si pedem finibus intulissem. (*Cels. L. 18, §. 2, h. t.*)

Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.... (*Diocl. et Max. L. 4, C. h. t.*)

(b) *Meubles.*

Pecuniam quam mihi debes aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam (2), efficitur ut... mea esse incipiat; nam tunc quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi, et quodammodo manu longa tradita, existimanda est. (*Javol. L. 79, de sol.*)

Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit: videri (mihi) traditam Priscus ait; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare: non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. (*Paul. L. 1, § 21, h. t.*)

Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas, filiae quæ præsens fuit donatas et ab ea viro traditas videri... (*Papin. L. 51, § 1, de donat.*)

Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim (3) possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit (*Cels. L. 18, § 1, h. t.*)

(1) Il est difficile de voir dans cette loi autre chose qu'une réponse à la seconde des deux questions posées dans la note précédente. Mais, est-ce dans l'intérêt de l'une des parties, ou bien seulement dans l'intérêt des tiers qu'on semble exiger que le fonds ait au moins été montré à l'acquéreur?

(2) Ne pourrait-on pas prétendre que la présence de la personne à qui l'on veut transmettre la possession n'est exigée ici que comme preuve de son intention de l'acquérir? Et ne peut-on pas en dire autant des deux autres lois citées ensuite? Ces trois lois se rapporteraient alors au N° précédent plutôt qu'à celui-ci.

(3) Il faut supposer que l'ordre a été exécuté, et, dans cette hypothèse,

Quid enim interest inferantur volente eo in domum ejus an ei tradantur ? (*Ulp. L. 9, § 3, de jure dot.*)

(*Attamen*) ... qui universas ædes possidet, singulas res quæ in ædificio sunt non videtur possedisse (1). (*Paul. L. 50, h. t.*)

.... Si alius in meo (thesaurum) condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset (2) (*Papin. L. 44, p. p. h. t.*)

Neratius et Proculus, (et) solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.

la chose est véritablement en ma puissance. Au reste, en comparant cette loi avec la *L. 44, pp.*, ci-après, on est porté à croire que la possession est plus facilement acquise lorsqu'on reçoit la chose d'un précédent possesseur que lorsqu'on s'en empare contre la volonté de celui qui la possédait, ou lorsqu'elle n'était possédée par personne. On peut dire, en effet, que le public qui souffrait que cet ancien possesseur s'attribuât la qualité de propriétaire, est vraisemblablement tout disposé à la même tolérance envers l'individu à qui ce possesseur, qui ne fera en cela qu'exercer le droit de propriété qu'on lui reconnaît, aura déclaré vouloir transférer son droit. Au contraire, dans le cas où un individu s'est emparé d'une chose contre la volonté d'un précédent possesseur, il est possible que le public donne gain de cause à celui-ci, c'est-à-dire qu'il le considère comme injustement dépouillé (sauf toutefois le cas prévu par la *L. 50, § 2*, où c'est le juge qui a ordonné ou autorisé la spoliation). Quoi qu'il en soit, dans ce cas comme dans le premier, au moment de la prise de possession, l'élément constitutif que nous avons indiqué par ces mots : *bonne volonté des autres hommes*, existe déjà, il ne s'agit que de le modifier ; mais tout est à faire à cet égard, c'est-à-dire que l'élément est à créer, lorsque la chose n'a pas encore eu, ou du moins n'avait plus, de possesseur.

(1) Le jurisconsulte suppose sans doute ici l'absence de la condition dont nous parlerons tout-à-l'heure : *que le possesseur connaisse sa puissance sur la chose*.

(2) Je pense que tout ce qu'il faut conclure de ce texte, c'est que la chose que j'ai cachée dans le fonds d'autrui reste en ma puissance tant que le propriétaire du fonds ou quelqu'autre individu ne s'en est point emparé. Mais ne suffirait-il pas, pour faire cesser cette puissance, que le propriétaire du fonds fût décidé à m'empêcher d'en retirer ma chose ? Je le crois, quoique cela ne suffise peut-être pas pour que ce propriétaire soit lui-même en possession.

Idem, si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero (1) : quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse : nec alias eum qui scit, possidere, nisi si loco motus sit (2), quia non sit sub custodia nostra. Quibus consentio. (*Paul. L. 3, § 3, h. t.; Cf. Pomp. 15, ad exhib.*)

...siquis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem (3) mercium ad emptorem. (*Gaius, L. 9, § 6, de adq. rer. dom.*)

Et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint. (*Paul. L. 1, § 21, h. t.*)

Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea (4) traditæ sint; quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea (*Papin. L. 74, de cont. empt.*)

Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri. Labeo contra : quod verum est : magis enim

(1) Si, à la connaissance que le propriétaire a acquise, se joint l'intention de ne pas souffrir que la chose soit reprise par celui qui l'a déposée, il est évident que la possession de ce dernier a cessé. Doit-on conclure des *L. 46 et 6, § 1, h. t.*, que le propriétaire n'a lui-même qu'une possession imparfaite tant que la personne qui avait déposé la chose ignore son intention ? Voyez ces deux lois, ci-après pp. 253 et 254.

(2) Je veux bien que le déplacement de la chose puisse être une preuve de notre intention, mais pourquoi exclurait-on toute autre preuve ? Je préfère l'opinion de Proculus et Neratius.

(3) La chose est en effet dans la puissance de celui qui a les clefs du lieu où elle a été renfermée. Au reste, cette loi parle de la *propriété* et non de la *possession* ; mais la loi 74 ci-après dit absolument la même chose à l'égard de la *possession*.

(4) Qu'importe que la remise des clefs ait lieu près ou loin du magasin ? A-t-on considéré que le public avait pu connaître cette remise plus facilement dans un cas que dans l'autre ? Il faudra revoir ces lois en traitant de la *Tradition*.

ne summutetur signari solere quam ut traditum videatur.
(*Ulp. L. 1, § 2, de per. et com. rei vend.*)

Videri tamen trabes traditas quas emptor signasset (1).
(*Paul. L. 14, § 1.*)

Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo : veluti si acervum lignorum emero, et cum venditor tollere me jusserit : simul atque custodiam (custodem?) posuissem, traditus mihi videtur (2). Idem juris esse vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent. Sed videamus (inquit) ne hæc ipsa corporis traditio sit : quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur? In eo puto hanc quæstionem consistere, an etiamsi corpore acervus, aut amphoræ adprehensæ non sunt, nihilominus traditæ videantur. Nihil video interesse utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat : utrobique enim animi quodam genere possessio erit æstimanda. (*Javol. L. 51, h. t.*)

Non est.... necesse corpore et tactu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas ; nam pro traditis eas haberi, si in re præsentî (3) consenserint. (*Paul. L. 1, § 21, h. t.*)

(1) Je crois qu'on peut concilier cette loi avec la précédente, en supposant que les poutres dont parle *Paul*, étaient dans un lieu public : la marque ayant annoncé au public un nouveau possesseur, le silence que tout le monde a gardé constitue en possession celui qui est indiqué comme propriétaire ; au contraire, dans la loi précédente, les tonneaux marqués sont sans doute restés dans la cave du vendeur.

(2) La chose est véritablement en la puissance de celui qui a placé auprès d'elle un gardien à qui le public reconnaît, ainsi que le précédent possesseur, le droit d'en disposer en maître, soit pour lui-même, soit pour autrui.

(3) Il semblerait que la question résolue ici est encore celle de savoir quand on devra considérer comme certaine l'intention de transmettre telle chose et celle de l'acquérir.

Qu'arrive-t-il lorsque la disposition à considérer comme propriétaire d'une chose, celui qui a manifesté l'intention d'agir comme tel, n'est point partagée par tout le monde ? Plusieurs personnes peuvent-elles posséder simultanément la même chose (1) ?

..... plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam coeppe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans posse alium juste, alium injuste possidere ; (duos) injuste, vel duos juste, non posse ; (quem) Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat. Quod est verius : non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto ; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. (*Paul. L. 5, § 5.*)

Si plures sint in fundis qui ignorent quotam quisque par-

(1) Lorsque deux personnes s'attribuent le droit *intégral* de propriété sur la même chose, il est évident qu'aucune d'elles n'a en sa faveur la bonne volonté de *tous* les autres hommes ; mais, si chacune d'elles ne s'attribue qu'un démembrement du droit de propriété conciliable avec celui qu'elle reconnaît à l'autre, et à *fortiori*, si l'une ne se reconnaît que comme simple instrument de l'autre, il est évident que l'on pourra dire qu'elles sont simultanément en possession de la chose ; à la vérité, il ne s'agira point alors, soit pour l'une d'elles, soit même pour toutes deux, de possession à titre de maître. — Au reste, même dans l'hypothèse où deux personnes en contact avec la même chose s'attribueraient toutes deux la propriété intégrale de cette chose, nous verrons au Chapitre II, que nonobstant l'absence plus ou moins complète de la condition qui fait l'objet de ce N^o, il peut y avoir encore une possession produisant des effets juridiques : c'est à cette possession, que nous appellerons possession *imparfaite*, que les jurisconsultes romains donnent ordinairement la qualification d'*injusta*.

tem possideat, neminem eorum *mera subtilitate* (1) possidere Labeo scribit. (*Pomp. L. 52, § 2, ff. de usurp.*)

.... Si res nobis subrepta, vel vi erepta est, possidere desinimus, nisi is qui in potestate nostra est subriperit. (*Gaius. L. 15, de poss.*)

Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret (2), cum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat. (*Ulp. L. 17, pp. h. t.*)

Quod autem solo animo possidemus, quæritur utrumne usque eo possidemus donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio? an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem : et videtur utilius esse. (*Pompon. L. 25, § 2.*)

Item cum Prætor idcirco in possessionem rei (ire) jussit, quod damni infecti non promittebatur : possessionem invitum dominum amittere (3) Labeo ait. (*Paul. L. 50, § 2.*)

Quamvis saltus, proposito possidendi, fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab aliq. occupatam ignoraret (4), ut enim eodem

(1) Vaut-il mieux admettre que l'un et l'autre possèdent vis-à-vis des tiers, sauf à chercher le moyen de terminer le débat entre eux? Voyez ce que nous avons dit à ce sujet dans la note de la page 246.

(2) Le jurisconsulte reconnaît donc que l'individu expulsé ne possède plus ; mais l'effet de la possession, c'est-à-dire le droit de se faire maintenir en possession, dure après que la possession a cessé. — Peut-être ce texte nous indique-t-il comment il faut entendre la L. 46, citée plus bas.

(3) Le jurisconsulte suppose-t-il que l'ordre du Prêteur a été exécuté? ou bien a-t-il pensé que l'ordre seul fait cesser la condition de *bonne volonté des autres hommes*?

(4) Voici, ce me semble, encore une fiction (à moins qu'on n'interprète cette loi par la 17) : en effet, ma puissance n'a-t-elle pas cessé, quoique j'ignore qu'un autre est maintenant possesseur?

modo vinculum obligationum solvitur quo quæri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur. (*Papin. L. 46, de poss.*)

.... Nulla (*possessio*) amittitur (1), nisi in qua utrumque (*corpus et animus*) in contrarium actum est. (*Paul. L. 8, h. t.*)

..... si cum magna vi ingressus est exercitus : eam tantummodo partem , quam intraverit , obtinet (2). (*Cels. L. 18, § 4.*)

Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam, animo possessoris, intraverit, non desisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simul atque sciero. (*Cels. L. 18, § 3, h. t.*)

..... cum de amittenda possessione quæeratur, multum interesse dicam, per nosmetipsos, an per alios possideremus..... Nam ejus quod, servi vel etiam coloni corpore, possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus fuisset (3) ; eamque amitti nobis ignorantibus. (*Pap. L. 44, § 2.*)

Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere ; et ideo his dejectis ipse dejecti de possessione videtur, etiamsi ignoret eos dejectos per quos possidebat. (*Ulp. L. 1, § 22, ff. de vi.*)

Clam possidere (4) eum dicimus, qui furtive ingressus

(1) Il semblerait résulter de cette loi que même lorsque le possesseur primitif acquiert connaissance de l'invasion, il continue à posséder la chose tant qu'il n'a pas l'intention d'y renoncer, mais c'est peut-être un texte à interpréter encore par la *L. 17* ci-dessus.

(2) A l'égard des autres parties du fonds, nous restons dans la position où nous étions avant l'invasion.

(3) La possession cesse-t-elle alors vis-à-vis de tout le monde, ou seulement vis-à-vis de celui qui s'est emparé de la chose ?

(4) C'est là un des cas de la possession imparfaite ; nous traiterons des effets de cette possession au Chapitre suivant.

est possessionem, ignorante eo quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat. Is autem, qui cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere. Non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ, exquirenda est : nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonæ fidei possessionem nanciscitur. Itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens, ignorante eo quem metuit, furtive (in) possessionem ingreditur. (*Ulp. L. 6.*)

Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit : et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit (1). Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam. (*Ulp. L. 6, § 1.*)

Servum tuum a Titio bona fide emi, et traditum possedi ; deinde cum comperissem tuum esse, ne eum peteres, celare cœpi : non ideo magis hoc tempore clam possidere videri me, ait. Nam retro quoque, si sciens tuum servum non a domino emerim, et tum clam eum possidere cœpisssem, postea certiozem te fecerim, non ideo desinere me clam possidere. (*Afric. L. 40, § 2.*)

Si servum *meum* bonæ fidei emptori clam abduxerim : respondit, non videri me clam possidere ; quia neque precarii rogatione, neque conductione suæ rei, dominum teneri : et non posse causam clandestinæ possessionis ab his duabus causis separari. (*Afric. L. 40, § 5.*)

(1) C'est encore là une fiction dont les effets se bornent peut-être aux rapports entre le précédent possesseur et le nouveau.

Comment l'héritier acquiert-il la possession de ce que possédait son auteur?

Cum hæredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt : possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet. (*Javol. L. 23.*)

Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere : retinere enim animo possessionem possumus. Sed quod pro emptore possideo, per colonum etiam usucapiet (etiam) heres meus. (*Paul. L. 50, § 5.*)

Veteres putaverunt non posse per servum hereditarium acquirere quod sit ejusdem hereditatis. (*Paul. L. 1, § 16, h. t.*)

Si heredi instituto servus ex parte legatus sit, propter partem quam ex causa legati habet, acquireret fundi hereditarii possessionem. (*Idem, ibid., § 17, Cf. § 18.*)

N° IV. *Connaissance, de la part de la personne qui est en rapport immédiat avec la chose, de la puissance que lui donnent sur cette chose et sa position physique et la bonne volonté des autres hommes ; et pour le cas où cette personne se considérerait comme agent d'une autre, connaissance, de la part de cette dernière, tout à la fois de la puissance qui appartient à son agent, et de l'intention de celui-ci de ne posséder qu'au nom d'autrui.*

§ 1^{er}. *Du cas où la personne qui a immédiatement la chose en sa puissance n'est pas (nécessairement ou volontairement) l'agent d'une autre personne.*

..... quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse : non est verum. Is enim

qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat : sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. (*Paul. L. 3. § 3. h. t.*)

Qui universas ædes possidet, singulas res quæ in ædificio sunt non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario. (*Paul. L. 30, pp. h. t.*)

Si id quod possidemus ita perdiderimus ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere. (*Pompon. L. 25, pr., de poss.*)

Dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniat, quia præsentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio. (*Paul. L. 3, § 13. de poss.*)

Si quis nunciet domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus, noluerit accedere : amisisse eum possessionem placet. (*Paul. L. 3, § 8, h. t.*)

Si dominus fundi homines armatos venientes extimuerit atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur. (*Julian. L. 35, § 2, ff. de usurp. ; Cf. Ulp. L. 9, pp. quod met. caus.*)

Si me in vacuam possessionem fundi Cornelianum miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero (1) : non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest? Et si animo adquiri possessio potest, nunquid etiam adquisita est? — Sed non puto errantem adquirere : ergo non amittet possessionem qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. (*Ulp. L. 34, pp. h. t. ; Cf. L. 30, § 6, ci-dessus, p. 240, et ci-après le § 1 de la L. 34.*)

(1) C'est plutôt l'intention de posséder que la connaissance qui manque dans l'hypothèse de ce texte ; il aurait donc été mieux placé au N° II ci-dessus, § 2.

§ II. *Du cas où celui qui a la puissance immédiate sur la chose (1) est nécessairement (2) ou volontairement (3) l'agent d'une autre personne.*

Quæsitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quæreretur? Dixi, utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. Nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quærat aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem. (*Papin. L. 44, § 1, h. t.*)

Sed si non mihi, sed procuratori meo, possessionem tradas: videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur? Et cum placeat ignorantibus acquiri, poterit et errantibus (4); sed si procurator meus erret, ego non errem: magis est, ut adquiram possessionem. (*Ulp. L. 34, §. 1.*)

N° V. *Une certaine durée (5) de quelques-unes des conditions définies aux N°s précédens.*

.... Si de re mobili..., eum potiore esse jubet, qui majore parte ejus anni.... possedit.... (*Gaius, 4 com., § 150.*)

(1) S'il y a plus d'une personne entre la chose et celui sur qui est définitivement reportée la qualité de propriétaire, appliquez ici ce que nous avons dit au N° II relativement à l'intention.

(2) Voyez au même N° II les textes où l'on dit que l'esclave peut acquérir la possession à son maître, quoique celui-ci ignore la puissance que l'esclave a sur la chose.

(3) Voyez encore au même N° les *L. 13, de adq. rer. dom.*, et *L. 1, C. de adq. possess.*

(4) On suppose que le mandant avait eu l'intention d'acquérir ce qui serait livré à son procureur. Voyez ce que nous avons dit ci-dessus des esclaves par rapport aux choses qui doivent entrer dans leur pécule.

(5) C'est surtout comme élément d'une des manières d'acquérir le

At.... non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere (1), velut ejus cui heres extiterit, ejusque à quo emerit aut donatione acceperit; itaque si nostræ possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat adversarii possessionem... etc. (*Id. cod.*, § 150.)

Annus autem retrorsus numeratur : itaque si tu, verbi gratia, anni mensibus possederis prioribus quinque, et ego septem posterioribus, ego potior ero. (*Id. eod.*, § 152.)

Art. II. DES DIVERSES ESPÈCES DE POSSESSIONS.

§ 1^{er}. *Distinctions fondées sur la différence des effets légaux que produisent les événemens plus ou moins différens (2) auxquels on donne le nom de possession.*

(a) *Possessio civilis, Possessio naturalis, Possessio corporalis seu nuda detentio.*

Aliud est.... possidere, longe aliud in possessione esse. (*Ulp. L. 10, de poss.*; — Cf. *Ulp. L. 7, pp. de damn. inf.*; *Papin. L. 49, de possess.*, et *Florent. L. 18, § 1, de accept.*)

droit de propriété (je veux dire de l'*Usucapion* ou *Prescription de long temps*, dont nous nous occuperons au Titre suivant), que la possession a besoin d'une certaine durée; cependant les effets juridiques que nous avons considérés comme constituant le droit de possession exigent aussi quelquefois que la possession ne soit point éphémère; et nous avons dû en conséquence mettre la durée parmi les conditions que doit renfermer, sinon toujours, au moins dans certains cas, l'événement qui produit le droit dont il s'agit; au reste, nous pourrions nous contenter de poser ici quelques principes, en renvoyant les développemens à l'Article de l'*Usucapion*.

(1) Voyez ci-après, au Titre III, le § 2 de l'Article consacré à l'*Usucapion*.

(2) Il y a sans doute toujours, soit dans les conditions essentielles, soit dans quelque circonstance accessoire de ces événemens, des

Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. (*Julian.*, L. 2, § 1, *pro herede*; — *Cf. Ulp. L. 3, § 15, ad exhib.*, et L. 1, § 9 et 10, *de vi et vi arm.*)

Peculium quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. (*Javol. L. 24, de poss.*; — *Cf. Ulp., L. 38, § 7 et 8 de verb. obl.*)

(b) *Possessio justa, possessio injusta.*

Justa an injusta adversus cæteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert..... .. (*Paul. L. 2, uti possid.*; — *Cf. Id. L. 3, § 5, de poss.*, et *Ulp. L. 3, pp. eod.*)

§ II. *Distinctions fondées sur ce que l'événement réunit la totalité ou seulement une partie des conditions expliquées dans l'Article précédent.*

(a) *Possession pour soi-même, possession au nom d'autrui ou possession précaire (1).*

(b) *Possession publique et paisible, possession violente ou clandestine (2).*

nuances qui justifient, ou du moins expliquent, la différence des effets que la loi y a attachés; mais, il n'en est pas moins vrai que les jurisconsultes, en établissant certaines distinctions, et surtout en les nommant, ont eu égard plutôt à la nature des dispositions législatives ou quasi-législatives que consacrent ces distinctions, qu'aux considérations qui pouvaient les motiver (Voyez ce que nous avons déjà dit à ce sujet ci-dessous, p. 220 et 221.)

(1) La distinction de la possession en *possession proprement dite* (soit civile, soit naturelle), et *possession improprement dite* ou *simple détention*, est dérivée de la distinction que nous indiquons ici.

(2) C'est sur cette distinction que repose celle dont nous avons parlé tout-à-l'heure, au § 1^{er} (b).

§ III. *Distinctions résultant de circonstances accessoires aux conditions essentielles de la Possession proprement dite* (1).

(a) *Possession de bonne foi, Possession de mauvaise foi, possessio lucrativa.*

Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur, aut bona fide, aut non bona fide. (Paul. L. 3, § 22, de adq. poss.)

. species possessionis etiam lucrativa vocatur.... (Gaius, 2 Com., § 52—56.)

(b) *Possession fondée sur un juste titre, Possession sans juste titre* (2).

Genera possessionum tot sunt, quot et causæ adquirendi ejus quod nostrum non sit : velut (3) *pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, pro noxæ dedito, pro suo.* (Paul. L. 3, § 21, h. t.)

(1) Nous entendons par conditions essentielles de la Possession, celles sans lesquelles il n'y aurait pas lieu aux *Interdits*, principal élément du droit de Possession que nous expliquerons au Chapitre suivant. Les deux distinctions que nous allons énoncer se rapportent à des effets moins généraux de la Possession, notamment à l'*Usucapion*. Cependant un texte (L. 14, C. de agricol.) semble exiger la *bonne foi*, même pour les actions possessoires; mais ce texte isolé, qui est une constitution d'Arcadius et Honorius, ne m'a point paru une preuve suffisante que les principes de l'ancien Droit eussent été changés à cet égard.

(2) Le mot *titre* n'est pas pris ici dans le sens, qu'on lui donne le plus ordinairement en Droit français, d'un écrit constatant une convention ou tout autre événement légal; il signifie au contraire l'événement même, d'où résulte un droit quelconque, c'est ce dernier sens, ou du moins celui d'événement faisant naître un droit *relatif*, que lui donnent un grand nombre de lois du Code, et quelques lois du Digeste, notamment la L. 1, pp., *pro dote*. On verra au Titre suivant ce qu'il faut entendre par *juste titre*.

(3) Il est étonnant que le jurisconsulte ait mêlé ici des événements qui ne font naître que l'obligation avec ceux qui font acquérir la *propriété*; il est plus étonnant encore qu'il ait donné l'expression *pro suo* comme indiquant une manière particulière d'acquérir la *propriété*.

CHAPITRE SECOND.

DU DROIT DE POSSESSION (1).

§ 1^{er}. DU CAS OU LA POSSESSION RÉUNIT TOUTES LES CONDITIONS DÉCRITES
AU CHAPITRE PRÉCÉDENT.

PR.

In pari causa, possessor potior haberi debet. (*Paul. L. 128, pp, de reg. jur.*)

(1) On n'est pas d'accord sur ce qui constitue le *droit de Possession* ; bien plus, l'existence d'un droit spécial qu'on puisse appeler ainsi est contestée par plusieurs jurisconsultes. Cependant tout le monde reconnaît dans l'événement que nous avons décrit au Chapitre précédent, la source d'un grand nombre d'effets juridiques, et aucun de ceux qui admettent un *droit de Possession* ne pense qu'on puisse en chercher les éléments ailleurs que parmi les effets de la Possession. — D'où vient donc la divergence des opinions sur les éléments, et même sur l'existence, du droit de Possession ?

Nous croyons qu'elle a une double cause. — D'abord, les effets de la Possession, à l'exception des cas où, en s'appliquant aux choses qui n'ont pas de maître, cet événement produit le droit de Propriété, ne sont presque jamais présentés sous la forme de *droits*, dans les écrits des jurisconsultes romains. — Ensuite, lorsqu'un résultat juridique suppose le concours de la Possession avec un autre événement, on a presque toujours fini, après avoir donné un nom à cette combinaison, par la considérer comme une cause nouvelle, comme un événement distinct des éléments qui le composent, et par oublier tout-à-fait la part de la Possession dans le résultat produit.

Pour justifier l'opinion que nous avons suivie en plaçant ici, après le droit de Propriété et avant ses démembrements, un droit particulier que nous qualifions *droit de Possession*, nous devons d'abord reconnaître quels sont les véritables effets de la Possession.

Nous devons, en outre, prouver : 1^o qu'indépendamment du droit de Propriété et de ses démembrements, la Possession produit un droit spé-

Cum de lucro duorum quæritur , melior est causa possidentis. (*Ulp. L. 126, § 2, de reg. jur.*)

cial, auquel convient la qualification de *droit de Possession*; et 2° que ce droit appartient à la classe des droits *absolus*.

Le nombre des effets que la Possession produit ou concourt à produire a été fort exagéré par les anciens interprètes du Droit romain : M. de Savigny nous dit que l'un d'eux en énumère jusqu'à 172, pour justifier la maxime : *beati possidentes*.

Il me semble que les jurisconsultes modernes, et notamment M. de Savigny, ont donné dans un excès contraire.

Suivant ce dernier, les seuls effets juridiques de la Possession, seraient le *droit d'Usucaper* ou du moins l'*Usucapion*, et le *droit de se faire maintenir ou rétablir en possession au moyen des Interdits*.

Pour soutenir son opinion, M. de Savigny argumente d'abord de ce que les jurisconsultes romains n'ont parlé de la Possession qu'à l'occasion de l'*Usucapion* ou des *Interdits*. Mais, il est évident que dès qu'on ne présentait pas les effets de la Possession comme constituant un droit particulier, ce qui aurait conduit à décrire, en même temps que ce droit, l'événement qui le fait naître, il fallait se résigner à offrir cette description à l'occasion de l'un ou de l'autre des plus importants effets de la Possession. — Au surplus, le fait qui sert de base à l'argument n'est même pas incontestable; car on pourrait soutenir que, si la matière de la Possession occupe le Titre 2^e du Livre XLI des *Pandectes*, ce n'est pas par la raison que l'*Usucapion* forme le Titre 5^e de ce même Livre, mais bien parce que le Titre 1^{er} a pour objet le droit de Propriété. N'était-il pas en effet convenable de placer, après l'explication de ce droit, celle de la Possession, qui est le symbole de la Propriété, et qui en restreint les effets toutes les fois que le possesseur et le propriétaire ne sont pas une seule et même personne? N'est-ce pas là ce que l'on ferait même dans un pays où les lois ne reconnaîtraient pas l'*Usucapion*? — Enfin, l'argument prouverait trop, car il conduirait jusqu'à dire, dans l'hypothèse où tous les jurisconsultes auraient fait comme Paul, que le droit d'*Usucapion* est l'unique effet de la Possession; et au contraire, dans celle où la classification d'Ulpien aurait été préférée, que la Possession n'a d'autre effet que les *Interdits*.

M. de Savigny examine ensuite quels sont les autres effets juridiques

Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit

auxquels on pourrait être tenté d'assigner la Possession pour cause, et il cherche à démontrer qu'ils dérivent tous d'un autre événement.

En le suivant dans cet examen, et en discutant ensuite avec lui la nature des deux droits qu'il considère comme les seuls effets de la Possession, nous résoudrons d'un seul coup les deux premières questions que nous nous sommes proposées, car M. de Savigny n'a oublié dans son investigation aucun effet un peu important qu'on puisse avec quelque apparence de raison rapporter à la Possession.

« 1^o. Celui qui s'empare le premier d'une chose qui n'a pas de maître, » en devient immédiatement propriétaire; et si deux individus s'emparant en même temps d'une chose qui n'a encore été occupée par personne, ils deviennent co-propriétaires de cette chose. »

Suivant M. de Savigny, ce n'est pas alors la Possession qui donne naissance au droit de propriété ou de co-propriété, c'est un fait moins complexe que la Possession, c'est l'acte d'*appréhension* de la chose, acte qu'on appelle dans ce cas : *Occupation*.

Cela est vrai, si l'on ne doit voir de Possession, que lorsque toutes ou du moins presque toutes les conditions expliquées au Chapitre précédent se trouvent réunies. Mais, où sera-t-on conduit par ce système? A admettre autant d'événemens investitifs différens que nous avons distingué de conditions dans la Possession, et même à considérer encore comme des événemens distincts toutes les combinaisons possibles entre une partie de ces conditions. Or ne vaut-il pas bien mieux reconnaître, comme nous l'avons fait dans le deuxième Article de notre premier Chapitre, et, comme l'ont fait les jurisconsultes romains et M. de Savigny lui-même, diverses espèces de Possessions, c'est-à-dire des Possessions plus ou moins parfaites.

Au reste, si l'*appréhension* des choses qui n'ont point de maître nous paraît un cas de Possession, nous reconnaissons que ce n'est pas dans ce cas que naît le droit de Possession, puisque le premier occupant acquiert le droit de propriété même.

« 2^o. Le droit de propriété est également acquis lorsque le propriétaire, » ayant capacité d'aliéner, livre sa chose, avec l'intention de la transférer » à un individu qui la reçoit ayant, de son côté, l'intention de l'acquérir. » C'est encore, suivant M. de Savigny, l'*appréhension* de la chose, et

suam esse probare, remanet (in) suo loco possessio : propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petito rem judicari solet. (*Inst. § 1, de interd.*)

et non la Possession, qui donne, dans ce cas, le droit de propriété ; la Possession, dit-il, ne se présente ici que comme une suite de l'*appréhension* (laquelle prend le nom de *Tradition*), c'est-à-dire comme effet, et non comme cause.

Il est évident que M. de Savigny raisonne toujours d'après cette idée, qu'il n'y a Possession que lorsqu'il y a concours de toutes les conditions décrites au Chapitre précédent. — Si l'on admet qu'au contraire il y a Possession (plus ou moins imparfaite) par cela seul qu'il y a *appréhension*, il faudra reconnaître que la Possession est, sinon cause principale, au moins condition accessoire, de l'effet juridique que nous venons d'énoncer. (A la vérité, lorsqu'on voit les jurisconsultes admettre des *Traditions de longue main* ou des *Traditions symboliques*, on serait tenté de croire que, dans la livraison de la chose, c'est-à-dire dans la *Tradition*, ils ont plutôt cherché une manifestation de la volonté d'aliéner, de la part de l'ancien propriétaire, qu'une mise en possession de la personne à laquelle il veut transférer son droit ; mais ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette question.)

Au surplus, nous n'avons pas besoin de faire remarquer que le droit de Possession ne nous apparaît pas encore dans ce cas : pas plus que dans le cas précédent ; c'est toujours le droit de propriété lui-même qui est le résultat de l'événement.

« 3°. Celui qui perçoit les fruits d'une chose dont il est possesseur de bonne foi, devient propriétaire de ces fruits. »

Je ne comprends pas comment M. de Savigny refuse de voir ici un effet de la Possession..... Quant à moi, je n'hésite pas à considérer comme un des élémens du droit de Possession, le droit de percevoir les fruits, droit dont l'exercice (appelé *Perception des fruits*) est, aussi-bien que l'*Usucapion*, une manière d'acquérir la propriété.

« 4°. Celui qui possède est dispensé de prouver qu'il a acquis la propriété de la chose, tant qu'un autre individu n'établit pas que cette même chose lui a appartenu. »

M. de Savigny prétend que ce n'est pas au possesseur considéré comme possesseur, mais bien, au possesseur considéré comme *défendeur*, que l'on accorde l'avantage de n'avoir qu'à détruire les preuves de son

Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem : quia longe

adversaire. Mais, dans les procès relatifs à la propriété, n'est-ce pas la Possession qui détermine à qui appartiendra le rôle de défendeur ? — Il me semble donc qu'il ne faut point hésiter à reconnaître ici un nouvel élément du *droit de Possession*.

« 5°. Une action analogue à l'action de propriété, et produisant le même effet contre tout autre que le véritable propriétaire, est accordée au possesseur de bonne-foi qui vient à perdre la Possession de la chose. »

J'avoue que je n'ai pu saisir le raisonnement par lequel M. de Savigny cherche à établir que ce n'est point là un effet de la Possession ; pour moi, je vois dans l'action dont il s'agit (aussi bien que dans les Interdits, dont je parlerai tout-à-l'heure) un résultat important de la Possession et l'un des élémens du *droit de Possession*. (Je ferai remarquer, en passant, qu'il y a lieu d'appliquer ce que nous venons de dire à une autre action dont M. de Savigny ne parle pas, savoir à l'action de vol, que la L. 12, § 1, de *furt.*, accorde au possesseur de bonne foi.)

« 6°. L'individu qui possède une chose appartenant à son débiteur, est autorisé, dans certains cas, à la garder jusqu'à ce que ce dernier ait acquitté son obligation. »

Ici je pense tout-à-fait comme M. de Savigny : je crois qu'il est impossible de considérer le droit de *réten*tion comme un effet de la Possession ; mais je ne donnerai pas, avec lui, pour motif de cette opinion, que le droit dont il s'agit appartient même à des personnes qui ne possèdent pas, c'est-à-dire, dont la Possession ne remplit pas toutes les conditions décrites au Chapitre précédent ; je dirai qu'il est impossible de considérer comme effet de la Possession un droit que le possesseur n'acquiert que lorsqu'il devient créancier, et qu'il perd dès qu'il cesse de l'être, encore qu'il continuât de posséder.

Il ne nous reste plus à considérer que les *Interdits* et le *droit d'Usucaper* ou l'*Usucapion*, même qui, dans le système de M. de Savigny seraient les seuls effets juridiques de la Possession.

Ce que j'ai dit plus haut de l'*Action publicienne*, je dois le dire à plus forte raison des *Interdits* ; je dirai même que ce sont eux qui constituent principalement le droit de Possession ; en effet, lorsque le Prêteur promet son secours au possesseur évincé ou troublé, n'est-ce pas la même chose que s'il lui disait : *Vous avez, à mes yeux, le droit d'être exclusivement en contact avec la chose et de repousser tout autre qui voudrait en user, etc.?*

Quant à l'*Usucapion* et au *droit d'Usucaper*, il me semble qu'on peut

commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. (*Gaius, L. 24, de rei vindic.*)

dire que la Possession est une des conditions de la première, et qu'elle est le moyen de réaliser le second ; mais il m'est impossible d'admettre que c'est la Possession qui produit le *droit d'Usucaper* ; car il me semble qu'on a ce droit avant que de commencer à posséder, comme on a le droit de bâtir une maison avant qu'on n'en ait posé les premiers fondemens.

En résumé, il résulte des observations qui précèdent que le *droit de Possession* consiste essentiellement dans le droit d'occuper exclusivement la chose tant qu'un autre individu ne prouve pas que la chose lui appartient, et que ce droit est indirectement établi en Droit romain, tant par les dispositions qui accordent au possesseur les *Interdits* et les actions *publicienne* ou *de vol*, que par celles qui le dispensent de prouver comment il a acquis la chose tant que son adversaire ne prouve point qu'elle lui a appartenu.

Si nous recherchons maintenant quelle est la nature de ce droit, nous apercevons tout de suite qu'il présente tous les caractères d'un droit *absolu* ; c'est un droit *adversus omnes* ; ce n'est point le corrélatif d'une *obligation*, c'est-à-dire d'un devoir pesant exclusivement sur tel ou tel individu.

Comment se fait-il donc que M. de Savigny a considéré ce droit comme appartenant à la matière des *Obligations* ? Aurait-il confondu le droit *sanctionné* avec le droit *sanctionnateur* ? Aurait-il, en même temps, méconnu cette vérité, que toutes les actions, celles qu'on appelle actions *in rem* aussi bien que les actions *in personam*, sont des droits *relatifs*, dans ce sens qu'elles supposent toutes une *obligation* (soit *ex delicto*, soit *quasi ex delicto*) ?

La nature de cet ouvrage ne nous permet pas de résoudre maintenant ces questions ; elles trouveront leur place dans le *Traité* que nous nous proposons de publier sous le titre de *Prolégomènes généraux du Droit*.

Nous rangerons les textes relatifs au droit de Possession sous deux § : nous placerons sous le I^{er}, ceux qui déterminent les effets de la Possession parfaite, c'est-à-dire de la Possession réunissant toutes les conditions décrites au Chapitre précédent ; sous le II^e, nous réunirons tous ceux qui concernent, au contraire, les diverses espèces de Possessions imparfaites.

N° 1. *Droit de repousser la force par la force.*

Recte possidenti ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. (*Diocl. et Max. L. 1, C. unde vi.*)

Eum igitur qui cum armis venit, possum armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo : dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur, sed et, si dejectus quis fuerit, eundem dejicere, non ex intervallo, sed ex continenti. (*Ulp. L. 3, § 9, de vi et vi arm.*)

Vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid ædificando, sive quid omnino faciendo per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. (*Pomp. L. 11, de vi et vi arm.*)

N° 2. *Interdit uti possidetis.*

Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis* et *utrubi*, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. (*Inst. § 4, de interd.*)

Hoc interdictum (*uti possidetis*) sufficit ei qui ædificare in suo prohibetur : etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. (*Ulp. L. 3, § 2, uti poss.*)

Sed interdicto quidem *uti possidetis*, de fundi vel ædium possessione contenditur : *utrubi* vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam *uti possidetis* interdicto is vincebat qui interdicti tempore possidebat : si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario

rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret. *Utrubi* vero interdicto is vincebat, qui maiore parte ejus anni, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, possidebat. (*Inst.* § 4, *de interdictis.*)

Hodie tamen aliter observatur : nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est ; uti ille vincat (et) in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatæ tempore, detinet. (*Inst.* § 4, *de interdictis.*)

N° 3. *Interdit unde vi.*

Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum *unde vi* : per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem : licet is ab eo qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possideat. Sed constitutionibus sacris (ut supra diximus), si quis rem per vim occupaverit : si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur ; si aliena, post ejus restitutionem, etiam æstimationem (rei) dare vim passo compellitur. (*Inst.* § 6, *de interd.*)

N° 4. *Lex Julia de vi.*

Qui autem aliquem de possessione per vim dejecit : tenetur lege Julia de vi privata aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit. Sin autem cum armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica (tenetur). Armorum tantum appellatione non solum scuta, et gladios, et galeas : sed et fustes, et lapides, significari intelligimus. (*Instit.* § 6, *de interdictis.*)

N° 5. *Action publicienne.*

Ait Prætor : Si quis id quod traditur ex justa causa non

a domino et nondum usucaptum, petet, judicium dabo. (*Ulp. L. 1, pp. de public.*)

Ut igitur Publiciana competat, hæc debent concurrere : ut et bona fide quis emerit, et ei res emptæ eo nomine sit tradita. Cæterum ante traditionem, quamvis bonæ fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit. (*Ulp. L. 7, § 16, de public.*)

Julianus libro septimo Digestorum scripsit, traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri : ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse : quia usucapere non poterit. — Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri ; sed oportere et tunc bona fide emptorem esse. (*Ulp. L. 7, § 17, de public.*)

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit : utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit. Et Julianus libro septimo Digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerit, potior sit cui priori res tradita est : quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis : quæ sententia vera est. (*Ulp. L. 9, § 4, de vi public.*)

N° 6. *Action ad exhibendum.*

Pomponius scribit, ejusdem hominis nomine, recte plures ad exhibendum agere posse : forte si homo primi sit, secundi in eo ususfructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignus sibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit : quia omnium interest exhiberi hominem. (*Ulp. L. 3, § 12, ad exhib.*)

N° 7. *Action de vol.*

Sed furti actio malæ fidei possessori non datur, quamvis

interest ejus rem non subripi, quippe cum res periculo ejus sit; sed nemo de improbitate sua consequitur actionem; et ideo soli bonæ fidei possessori, non etiam malæ fidei, furti actio datur. (*Ulp. L. 12, § 1, de furtis.*)

In hac actione (*vi bonorum raptorum*) non utique spectamus rem in bonis actoris esse : sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. (*Ulp. L. 2, § 22, vi bon. rapt.*)

Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem.... (*Ulp. L. 2, § 25, vi bon. rapt.*)

§ II. DES CAS OÙ LA POSSESSION NE RÉUNIT PAS TOUTES LES CONDITIONS DÉCRITES
AU CHAPITRE PRÉCÉDENT.

N° 1. *Possession toute récente.*

Sed etiam is qui momento possedit, recte hac actione (*Publiciana*) experiretur. (*Paul. L. 12, § 7, de public.*)

N° 2. *Possession n'ayant pas l'assentiment général.*

Justa an injusta adversus cæteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert : qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet. (*Paul. L. 2, uti poss.*)

Vi possidere eum definiendum est, qui expulso vetere possessore, adquisitam per vim possessionem obtinet : aut qui in hoc ipsum aptatus et præparatus venit, ut contra bonos mores, auxilio, ne prohiberi possit, ingrediens in possessionem, facit. Sed qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait non vi possidere. (*Ulp. L. 1, § 28, de vi et vi arm.*)

Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum. (*Ulp. L. 1, § 30, de vi et vi arm.*)

Quod ait Prætor in interdicto : *nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero, possidetis* : hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario : si quidem ab alio, prosit ei possessio ; si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. Has enim possessiones non debere proficere palam est. (*Ulp. L. 1, § 9, uti poss.*)

Sed si vi armata dejectus es : sicut ipsum fundum recipis, etiamsi vi, aut clam, aut precario eum possideres : ita res quoque mobiles omnimodo recipies. (*Pompon. L. 14, de vi et vi arm.*)

N° 3. *Possession à un autre titre que celui de propriétaire.*

Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi. (*Ulp. L. 3, § 13, de vi et vi arm.*)

Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem : aut non admisit, cum ex fundo exisset, non usufructus deserendi causa. Cæterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. Quid ergo est ? Debet fructuarius usumfructum vindicare. (*Ulp. L. 3, § 14, de vi et vi arm.*)

Pertinet autem hoc interdictum ad eum qui fundo uti frui prohibitus est : pertinebit etiam ad eum qui ædificiis uti frui prohibetur. Consequenter autem dicemus ad res mobiles hoc interdictum non pertinere, si quis uti frui prohibitus est re mobili, nisi si rei soli accedebant res mobiles. Si igitur ibi fuerunt, dicendum est, etiam ad eas referri hoc interdictum debere. (*Ulp. L. 3, § 15, de vi et vi arm.*)

Item si non usufructus, sed usus sit relictus, competit hoc interdictum. Ex quacunque enim causa constitutus est

ususfructus, vel usus, hoc interdictum locum habebit. (*Ulp. L. 3, § 16, de vi et vi arm.*)

Qui, ususfructus nomine, qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. Sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit, vel mortuus : recte dicitur, hæredibus et successoribus competere hoc interdictum; non ut in futurum constituatur ususfructus, sed ut præterita causa, et damnum præteritum sarciatur. (*Ulp. L. 3, § 17, de vi et vi arm.*)

Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit : deinde colonus vi ab alio dejectus est. Quærebatur quis haberet interdictum *unde vi*? Dixi, nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset; an emptorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur interdictum *unde vi* colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem dejecisse tunc videretur cum emptori possessionem non tradidit : nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset. (*Marcel. L. 12, de vi et vi arm.*)

In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum; et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum et si ususfructus quis sibi defendat possessionem. Et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum. (*Ulp. L. 4, uti poss.*)

Servi nomine, qui pignori datus est, *ad exhibendum*, cum creditore, non cum debitore, agendum est : quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet : adeo ut addici possit et possessio ejus qui pignori dedit. (*Javol. L. 16, de usurp.*)

Creditores missos in possessionem rei servandæ causa,

interdicto *uti possidetis uti non posse* : et merito, quia non possident (1). (*Ulp. L. 3, § 8, uti poss.*)

Cæterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Prætoribus utuntur. Dominus autem soli, tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto *uti possidetis*. Sed Prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis. Et ita Pomponius quoque probat. (*Ulp. L. 3, § 7, uti poss.*)

N° 4. Possession sans bonne foi.

Prætor ait, *qui bona fide emit* ; non igitur omnis emptio proderit, sed ea quæ bonam fidem habet : proinde hoc sufficit me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit : neque enim dolus venditoris mihi nocebit. (*Ulp. L. 7, § 11, de public.*)

(1) On regarde généralement comme constant, que l'interdit *uti possidetis* n'était pas non plus accordé au fermier ni au commodataire (dont plusieurs textes disent aussi : *non possident quamvis in possessione sint*), tandis qu'il était donné à l'usufruitier dans tous les cas, et, dans certains cas, au créancier gagiste, au précaire et même au dépositaire. — Je n'ai jamais pu découvrir une bonne raison pour refuser aux personnes qui possèdent au nom d'autrui, à l'égard de tout autre individu que celui dont elles se considèrent comme agens ou ayant-droit, les moyens de se maintenir en possession. Ce qui m'étonne, ce n'est donc pas que l'interdit *uti possidetis* ait été accordé à quelques-unes de ces personnes, mais qu'il ne l'ait pas été à toutes : je serais tenté de croire, avec M. Duroi (dans ses *Nouvelles Observations sur l'action in rem*, dont j'ai présenté un extrait dans la *Thémis*, t. VIII, p. 1, et t. IX, p. 34), que l'interdit *uti possidetis* n'ayant été établi d'abord que comme une sorte d'arrangement préparatoire pour l'action *in rem*, on a continué à regarder cet interdit, même après qu'il eût reçu une application bien plus générale, comme exclusivement propre aux personnes qui peuvent figurer dans une action *in rem*, soit en qualité de demandeur, soit en qualité de défendeur, c'est-à-dire, comme ne pouvant avoir lieu qu'entre personnes se disant propriétaires de la chose.

TITRE TROISIÈME.

MANIÈRES D'ACQUÉRIR ET MANIÈRES DE PERDRE
LE DROIT INTÉGRAL DE PROPRIÉTÉ.

PR.

Quarundam rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam jure civili (1). (§ 11, *J. de rer. divis. Cf. Gaius. L. 1 ff. de adq. rer. dom., et 2 Com. 65 et suivans.*)

(1) Nous avons déjà indiqué l'origine de cette distinction (*V. ci-dessus page 209*). — Quoique les jurisconsultes romains la rappellent souvent en traitant de l'acquisition du domaine, nous ne croyons pas devoir en faire la base principale de notre classification, attendu qu'elle séparerait des événemens (*manières d'acquérir*) qui sont identiques au fond; attendu, en outre, que du temps de Justinien, le Droit civil et le Droit des gens s'étant confondus, cette distinction n'offrirait plus qu'un intérêt purement historique.

La classification des divers événemens qui font acquérir le domaine est fort difficile à établir d'une manière satisfaisante, à cause de la multiplicité des points de vue sous lesquels on peut considérer ces événemens : ces points de vue fournissent tous des bases de divisions; mais malheureusement ces divisions, étant également générales, se croisent au lieu d'être subordonnées les unes aux autres. Hænel a retracé l'histoire des différentes tentatives faites à ce sujet. (*V. Dissertatio de adq. rer. dom. — Lipsiæ, 1817. 4°.*)

La classification que nous avons adoptée, bien qu'elle ne soit pas à l'abri de tout reproche, a l'avantage d'être uniquement basée sur des différences qu'on peut observer entre les événemens investitifs du droit de propriété, dans tous les temps et dans tous les pays civilisés.

La première de ces différences consiste en ce que, par les uns on acquiert sans rien faire perdre à personne, tandis que dans les autres l'acquisition de la propriété d'une part se combine avec sa perte d'autre part. — Nous avons appelé les premiers : *modes d'acquérir originaires*, et les seconds : *modes d'acquérir dérivés*. — Il est évident que nous devons commencer par les premiers.

Les modes d'acquérir *originaires* sont peu nombreux : l'ordre dans lequel on les indiquera successivement se justifiera de lui-même. Quant aux modes *dérivés*, nous les distinguerons d'abord en deux classes, sui-

In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt : (1°) si hæreditatem justam (1) adiit, (2°) si, ut debuit, mancipio ab eo accepit a quo jure civili potuit, (3°) aut si in jure cessit qui (cui) potuit cedere et ubi oportuit, (4°) aut si usucepit, (5°) aut si è preda sub corona emit, (6°) tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit. (*Varro, de R. R.*, 11, 10, n° 4.)

Singularum rerum dominia nobis adquiruntur : (1°) mancipatione, (2°) traditione, (3°) usucapione, (4°) in jure cessione, (5°) adjudicatione, (6°) lege. (*Ulp.* 19, *fragm.* 2.)(2).

Traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum nobis adquiruntur. (*Diocl. et Max. L.* 20, *C. de pactis.*)

avant que la perte ou le divestissement qui se combine avec notre acquisition, s'opère : ou bien 1° du vivant, ou bien 2° par la mort, du propriétaire précédent. La première classe sera ensuite l'objet d'une sous-distinction, fondée sur ce que l'aliénation peut avoir lieu par la volonté ou contre la volonté de l'ancien propriétaire. — La deuxième classe formant seule l'objet de la IV^e Section de cet ouvrage, nous ne parlerons pas maintenant des subdivisions dont elle est susceptible.

(1) Mais, comme l'observe très-bien M. Hugo, on n'acquerrait probablement, dans ce cas, que la même propriété qu'avait le défunt.

(2) En comparant le passage d'Ulpien avec celui de Varron, on remarque plusieurs différences notables :

Ulpien ne fait mention ni de l'*Addition d'hérédité*, sans doute parce qu'il ne s'occupait que de l'acquisition des choses singulières (*rerum singularum*), ni de l'*Emptio sub corona* tombée en désuétude à l'époque où il écrivait. (*Voyez Aulu-Gelle N. A.* VII. c. 4.)

En compensation, il en cite que Varron a omis, savoir : *Traditio*, *Adjudicatio*, *Lex*.

Varron n'a pas dû parler de la *Tradition*, parce que, dans le passage cité, il ne s'occupe que de l'acquisition des esclaves, sur lesquels, à raison de leur qualité de choses *mancipi*, on ne pouvait acquérir le *dominium legitimum* (*ex jure Quiritium*), que par les modes du Droit civil. Quant aux deux autres modes indiqués par Ulpien, pourquoi Varron les a-t-il omis? Quoique cet auteur ne soit pas un jurisconsulte, son silence ne laisse pas que d'être assez singulier.

Mais il est bien plus étonnant qu'Ulpien lui-même, dans le passage

Nec tamen ea tantum quæ traditione nostra fiunt, naturali ratione adquiruntur; sed etiam quæ occupando, quia antea..... nullius essent : qualia sunt omnia quæ terra, mari, cœlo capiuntur. (*Gaius*, 2 *Com.* 66.)

CHAPITRE PREMIER.

MANIÈRES D'ACQUÉRIR ORIGINAIRES (1).

Art. I^{er}. OCCUPATION PROPREMENT DITE.

Feræ igitur bestię et volucres et pisces, id est omnia animalia quæ in terra, mari, cœloque nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt (*V. Gaium*, L. 1, § 1, de *adq. rer. dom.*) : quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. — Nec interest, feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. — Quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, do-

ci-dessus cité, ne dise pas un mot de plusieurs manières d'acquérir qui, sans aucun doute, existaient de son temps, notamment de l'*Occupation*, de l'*Accession*..... Dira-t-on qu'il les a omises parce qu'il ne voulait traiter que des manières d'acquérir *jure civili*? Pourquoi donc alors s'occupe-t-il de la *Tradition*, qui appartient incontestablement au *jus gentium* tout aussi bien que l'*Occupation*?

Cette omission s'expliquerait peut-être mieux si l'on supposait, avec quelques auteurs, qu'Ulpien n'a voulu parler ici que des manières d'acquérir le *jus Quiritium*;.... mais alors il en faudrait conclure que, même à l'égard des choses *nec Mancipi*, l'*Occupation* et l'*Accession* ne faisaient acquérir que la propriété du *Droit des gens* (le *in bonis*), tandis que la *Tradition* donnait la propriété *Quiritaire*; or, on aurait bien de la peine à justifier cette conclusion. (*V. ci-après*, p. 284.)

(1) *V. ci-dessus*, page 275, la fin de la note 1.

nec tua custodia coerceatur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo ut difficilis sit ejus persecutio. (*Inst.* § 12, de rer. div. — *Cf. Gaius, L. 3, pr. § 1 et 2, et L. 5, de adq. rer. dom.*)

Illud quæsitum est an, si fera bestia ita vulnerata sit ut capi possit, statim tua esse intelligatur? Quibusdam placuit statim tuam esse, et eo usque tuam videri donec eam persequaris. Quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent ut eam non capias. (*Inst.* § 13, eod.)

Apium quoque fera natura est. Itaque (apes) quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse, quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint. Ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, eximere quilibet potest. Plane, integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum donec in conspectu tuo est, nec difficilis persecutio ejus est : alioquin occupantis fit. (*Inst.* § 14, eod.)

Pavonum quoque et columbarum fera natura est; nec ad rem pertinet quod ex consuetudine evolare et revolare solent : nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent ut in sylvam ire et redire soleant; quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur donec

animum revertendi habeant; nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, tunc cum revertendi consuetudinem deseruerint. (*Inst. § 15, eod.*)

Gallarum autem et anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intelligere quod aliæ sunt gallinæ quas feras vocamus, item alii sunt anseres quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocunque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; et qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur. (*Inst. § 16, eod.*)

Item lapilli, et gemmæ, et cætera quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt. (*Inst. § 18, eod.*)

Insula quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur. (*Inst., § 22, eod.*)

Art. II. BUTIN PRIS SUB L'ENNEMI.

Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt. (*Inst. § 17, eod.*)

Art. III. OCCUPATION DE CHOSSES ABANDONNÉES.

Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. (*Inst. § 47, eod. Cf. Pomp. L. 5, § 1, pro. derel.*)

Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus esse desinit. (*Inst. § 47. de rer. div. Cf. Ulp. L. 1, pro derel.; L. 45, § 5, de furt.*)

Alia sane causa est earum rerum, quæ in tempestate maris, levandæ navis causa, ejiciuntur. Hæ enim domino-
rum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici
quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi
periculum maris effugiat. Qua de causa, si quis res eas
fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi
animo abstulerit, furtum committit. (*Inst.* § 48, *eod.* Cf.
Gaius, L. 9, § 8, *de adq. rer. dom.*)

Nec longe discedere videntur ab his quæ de rheda cur-
rente, non intelligentibus dominis, cadunt (*Ibid.*; Cf. *Ulp.*
L. 43, § 4, *de furt.*)

Art. IV. INVENTION DU TRÉSOR (1).

Thesaurusque quos quis in loco suo invenerit, divus Ha-
drianus naturalem æquitatem secutus, ei concessit qui in-
venerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco
fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad
hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli con-
cessit, dimidium inventoris. (V. *Triphon.* L. 63, *de adq. rer.*
dom.) Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, di-
midium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui con-
veniens est, ut si quis in publico vel fiscali loco vel civita-
tis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, dimidium fisci
vel civitatis. (*Inst.* § 39, *eod.*)

Art. V. ALLUVION, RELAIS DES FLEUVES, ÎLES NOUVELLES FORMÉES DANS LEUR LIT, ET LIT ABANDONNÉ (2).

Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecerit,
jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incremen-

(1) Le trésor est ainsi défini : *Vetus quædam depositio pecuniæ cujus me-
moriam non extat, ut jam dominum non habeat.* (Paul. L. 51, § 1, *de adq.*
rer. dom.)

(2) Plusieurs commentateurs réunissent, sous le titre d'*Accession*, cet
événement avec d'autres dont il sera parlé au Chapitre suivant.

tum latens. Per alluvionem enim id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur. (*Inst.* § 20, *de rer. div.* *Cf. Gaius* 2, *Com.* 70, *et L.* 7, § 1, *de adq. rer. dom.*)

Insula..... (1) in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam prædia possident. (*Cf. Gaius, L.* 7, § 3, *de adq. rer. dom.*; *et* 2 *Com.* 72.) Quod si aliqua parte divisum flumen, deinde unitum infra, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet ager, cujus fuerat. (*Inst.* § 22, *de rer. div.* *Cf. Gaius, L.* 7, § 4, *eod.*)

Quod si, naturali alveo in universum derelicto, alia parte defluere cæperit; prior quidem alveus eorum est qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit; novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident. (*Inst.* § 23, *de rer. div.* *Cf. Gaius, L.* 7, § 5, *de adq. rer. dom.*)

Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit; neque enim inundatio fundi speciem commutat. Et ob id, si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus permanere, cujus et fuerat. (*Inst.* § 24, *de rer. div.* *Cf. Gaius, L.* 7, § 6, *de adq. rer. dom.*)

(1) Nous avons retranché ici ce qui concerne les îles qui peuvent se former dans la mer, et nous l'avons reporté à l'article de l'Occupation proprement dite. (*Voy. ci-dessus, p.* 279.)

CHAPITRE SECOND.

MANIÈRES D'ACQUÉRIR DÉRIVÉES (1).

PREMIÈRE CLASSE.

ACQUISITIONS ENTRE VIFS.

§ 1^{er}. *Acquisitions en vertu du consentement du précédent propriétaire.*

..... Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. (*Inst.* § 40, de rer. divis. Cf. *Gaius*, L. 9, § 3, de adq. rer. dom.)

Art. 1^{er}. MANCIPATION.

Mancipatio propria (2) species alienationis est, scilicet rerum Mancipi : eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus præsentibus. — Mancipatio locum habet inter cives romanos, et latinos colonarios, latinosque junianos, eosque peregrinos quibus commercium datum est. Commer-

(1) Voyez ci-dessus, page 275, note 1.

(2) *Propria species*.... Faut-il en conclure que la *Mancipatio* ne produisait aucun effet à l'égard des choses *nec Mancipi*?... Pour l'affirmative, on invoque d'abord l'argument *a contraria* que l'on peut tirer des §§ 3. et 8 d'Ulpien; on s'appuie ensuite sur le passage suivant de Cicéron, expliqué par Boethius :

« *Finge Mancipio aliquem dedisse id quod Mancipio dari non potest ; num ideo id ejus factum est qui accepit? aut num is, qui Mancipio dedit, ob eam rem se obligavit?* » (Cic. Top. 10).

« *Si quis (observe Boethius sur ce passage) rem non Mancipi Mancipaverit, num ideo aut rem alienavit, aut se reo facto potuit obligasse? Minime. Quod enim non jure contractum est, nil relinet firmitatis.* »

cium est emendi vendendique invicem jus. — Res mobiles non nisi præsentés mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt ; immobiles autem, etiam plures simul, et quæ diversis locis sunt, mancipari possunt. (*Ulp. 19 fragm. 4. Cf. Gaius, 2 Com. 22 et 23; V. en outre, ci-dessus, pag. 50, les formes de la Mancipation.*)

Art. II. CESSIO IN JURE.

In jure Cessio communis alienatio est, et mancipi rerum, et nec mancipi; quæ fit per tres personas : in jure cedentis, vindicantis, addicentis. In jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor. In jure cedit res etiam incorporales possunt, velut usufructus, et hereditas, et tutela legitima libertæ. (*Ulp. 19, frag. 9.*)

In jure Cessio autem hoc modo fit : aput magistratum populi romani, vel aput prætorem, vel aput præsidem provinciæ, is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ; deinde, postquam hic vindicaverit, prætor interrogat eum qui cedit, an contravindicet ; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit ; idque legis actio vocatur ; quæ fieri potest etiam in provinciis aput præsides earum..... Fere semper mancipationibus utimur ; quod enim ipsi per nos præsentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse, cum majore difficultate aput prætorem, aut aput præsidem provinciæ quærere. (*Gaius 2, Com. 24.*)

Art. III. TRADITION.

Hæ quoque res quæ Traditione nostræ fiunt, jure gentium nobis adquiruntur. (*Gaius, L. 9, § 3, de adq. rer. dom.*)

A. Choses qui sont susceptibles de la Tradition.

Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum

rerum dominia (1) ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis. (*Ulp. 19, fragm. 7.*)

Nam res nec *mancipi nuda traditione abalienari possunt*, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. (*Gaius, 2 Com. 19.*)

..... cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt; inter quæ nec non et itelica prædia, ex nostra constitutione, nulla est differentia (*vid. Gaium; 2 Com. 19, 21; et L. unic. C. de usus, transfor.*): sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa, traduntur, sine dubio transferuntur. (*Inst., § 40, de rer. div. Cf. Gaius, 2 Com. 20.*)

B. Du fait qui constitue la Tradition (2).

..... Quasi traditio... facta videtur, quum eximitur (res, veluti lapis) domini voluntate. (*Ulp. L. 6, de don.*)

(1) La Tradition conférerait-elle le domaine quiritaire lorsqu'elle avait pour objet des choses *nec Mancipi*? Il faut peut-être distinguer si elle avait lieu entre deux citoyens romains, ou bien entre personnes dont l'une au moins n'avait pas la qualité de citoyen romain. — Malgré la maxime, « qu'on ne peut pas transférer plus de droits qu'on n'en a », je ne vois pas pourquoi, lors même que le vendeur serait étranger, la Tradition ne conférerait pas le domaine quiritaire à l'acheteur romain. — Au reste, je crois qu'on peut très-bien admettre que le domaine résultait, en certains cas, de la Tradition, sans méconnaître la *L. 9, de adj. rer. dom.*: en effet, pourquoi le domaine civil ne résulterait-il pas d'un mode d'acquérir du droit des gens, comme l'obligation civile résulte souvent d'un contrat du droit des gens?

(2) Voyez ci-dessus, p. 247, la question : *Est-il nécessaire que la Possession ait commencé par un contact immédiat de la personne qui veut posséder avec la chose qu'il s'agit de posséder?* Il est étonnant qu'aucun texte ne contienne une définition précise de la Tradition. Je crois qu'on peut dire que c'est la translation de la possession d'une personne à une autre; en effet, sauf peut-être le cas de la *L. 1, C. de don.*, lorsque les juris-

Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem, litteris declaravit. Si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum qui donum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est ; per servum prædiorum possessionem quæsitam, cæterorum quoque servorum, constabit. (*Papin. L. 48, de adq. pos.*)

C. *Du consentement ou justa causa.*

Nunquam nuda traditio transfert dominium : sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa, præcesserit, propter quam traditio sequeretur. (*Paul. L. 31, de adq. rer. dom.*)

Servi emptor, si eum conductum rogavit donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit : quoniam non videtur *traditus* is cujus possessio per locationem retinetur a venditore. (*Javol. L. 16, de peric. et com. rei vend.*)

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse : magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit : quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. (*Ulp. L. 18, de reb. cred.*)

Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus : non animadverto, cur inefficax si traditio. Veluti, si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. (*Julian. L. 36, de adq. rer. dom.*)

consultes romains disent qu'il y a Tradition de la part de telle personne, je vois toujours puissance sur une chose, acquise, en vertu de la volonté de cette personne, par celui à qui l'on dit que la Tradition a été faite.

— Il paraîtrait donc inutile de reconnaître des Traditions *symboliques* ou *feintes* ; voyez cependant l'art. IV ci-après.

Si procurator meus vel tutor pupilli, rem suam quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio; quia nemo errans rem suam amittit. (*Ulp. L. 35, de adq. rer. dom.*)

Servum Titii emi ab alio bona fide, et possidéo : mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset; de jure evictionis, et mandato *quæsitum est*. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset, vindicationem concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset quia forte venditurus non fuerit. Contra, mandator si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem testatoris sui habet ex empto, jure hereditario, actionem. (*Marcell. L. 49, mandat.*)

Modification du principe de la nécessité du concours des deux volontés.

Hoc amplius, interdum et in incertam personam collocata voluntas domini, transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus : ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit. (*Gaius, L. 9, § 7, de adq. rer. dom.*)

. . . . et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit quominus et superficies transeat, quæ natura solo cohæret. (*Paul. L. 44, § 1, de oblig. et act. Cf. L. 15, § 12, de damn. infect.*)

D. Quels droits doit avoir celui qui fait la Tradition.

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum

qui accipit, quam est apud eum qui tradit. (*Ulp. L. 20, de adq. rer. dom.*)

Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset. (*Pompon. L. 67, de contrah. empt.*)

Quoties duobus in solidum prædium distrahitur manifesti juris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiore. (*Dioct. et Max. L. 15, C. de rer. vind.*)

Lucius Titius fundum Mæviæ donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit, et intra dies triginta Mæviam in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit. Quæro an donatio perfecta sit? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, perfectam esse: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere. (*Javol. L. 35, § 1, de donat.*)

Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius cui ejus rei possessio permissa sit. (*Inst., § 42, de rer. div.*)

Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit a domino, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, faciet eam accipientis. (*Inst., § 45, de rer. div. Cf. Gaius, L. 9, § 4, de adq. rer. dom.*)

Règle particulière au cas de vente.

Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. (*Vid. Gaium, L. 55, de contr. empt.*) — Quod, quamquam cavetur ex lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici. — Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. (*Inst. § 41, de rer. divis. Cf. Pompon. L. 19, de cont. empt.*)

APPENDIX AUX ART. I ET II. — *Écriture, Publicité et Insinuation des Donations* (1).

PR.

Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Hæc proprie donatio appellatur (2). *Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit. Non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est* (3). *Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem fiat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti. Non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quæ sub con-*

(1) Nous plaçons ces formalités sous le titre d'*Appendix aux Art. I et II*, parce que nous ne pensons pas qu'elles aient jamais rendu inutiles, au moins sous le rapport de l'acquisition du domaine, ni la Mancipation, ni la Tradition.

(2) La *Donation entre vifs* ou *proprement dite* se faisait anciennement, soit par Mancipation ou *Cessio in jure*, soit par Tradition, suivant que la chose était *mancipi* ou *nec mancipi*; on pouvait, en outre, par Stipulation contracter gratuitement l'obligation de manciper ou livrer une ou plusieurs choses. — Indépendamment des formalités dont nous parlons ici parce qu'elles modifièrent l'ancien Droit, sous le rapport de l'acquisition de la propriété par Mancipation ou Tradition, la *Donation entre vifs* a été, à diverses époques, l'objet de lois spéciales (parmi lesquelles il faut remarquer surtout la loi *Cincia*) qui limitèrent la capacité de donner ou de recevoir; nous nous réservons d'exposer ces règles lorsque nous considérerons la *Donation* comme source d'un rapport particulier entre le donateur et le donataire. (Voy. notre *Traité des Obligations* ou *IV^e Section* de cet Ouvrage.)

(3) Néanmoins cette *Donation* est soumise aux règles de la *Donation proprement dite*, sauf ce qui concerne l'époque de la translation de propriété et les conséquences qui résultent de ce que cette translation ne doit avoir lieu qu'après l'événement de la condition.

ditione solvatur : qualis est *mortis causa donatio* (1). (*Julian. L. 1, pp. de donat.*)

Insinuation.

Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset. Nos etiam inter sponsos ac sponsas, omnesque personas (2) eam solam donationem, ex promulgatæ legis tempore, valere sancimus, quam testificatio actorum secuta est. (*Constantin. L. 1. C. Th. de sponsal. Cf. L. 3, ibid. de don.*)

Acceptation expresse, écriture, publicité de la prise de possession.

Donatio, sive directa sit, sive mortis causa instituta, sive conditionibus faciendi ac (*pro* aut) non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis (quantum jus sinit) cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent, actiones, conditiones, pactionesque contineat: hisque penitus cognitis, vel recipiantur si complacitæ sunt, vel rejiciantur si sunt molestæ; ita ut minorum defensores, si per eos donationum conditio neglecta est, rei amissæ periculum præstent. In conscribendis autem donationibus, nomen donatoris, jus, ac rem notari oportet: neque id occulte, aut per imperitos, aut privatim; sed ut tabulæ, aut quodcumque aliud materiæ tempus dabit, vel ab ipso, vel ab eo quem sors ministraverit, scientibus plurimis, perscribatur; et corporalis traditio subsequatur; ad excludendam vim atque irruptionem, advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem (si est

(1) La *Donation à cause de mort* ayant fini par être assimilée presque sous tous les rapports aux dispositions qu'on appelle plus particulièrement *Dispositions de dernière volonté*, c'est-à-dire aux *legs* ou *fidéi-commis*, nous renvoyons à notre *Traité des Successions* l'exposition des règles qui la concernent spécialement.

(2) Nous verrons ci-après, art. IV, que, sous toute apparence, les donations entre certaines personnes valaient même comme moyen d'acquiescer la propriété sans qu'il y eût ni Mancipation ni Tradition; cela explique pourquoi l'empereur dit ici. *etiam inter*, etc.

mobilis) ex voluntate traditam donatoris, vel si immobilis, abscessu donatarii novo domino patefactam; actis etiam adnectendis, quæ apud judicem vel magistratus conficienda sunt. (*Constant. L. 1. C. Th. de donat. Cf. L. 3, eod. et Vat. frag. § 249.*)

Application de la formalité de l'Insinuation même aux donations dispensées de la Mancipation ou Tradition.

Data jam pridem lege statuimus, ut donationes, interveniente actorum testificatione, conficiantur. Quod vel maxime inter necessarias conjunctissimasque personas convenit custodiri: si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus, facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri. Cum igitur ne liberos quidem ac parentes lex nostra ab actorum confectione secernat; id quod necessario super donationibus apud acta conficiendis jam pridem statuimus, universos teneat. — Salvo tamen juris privilegio, quod liberis et parentibus suffragatur, scilicet ne Traditionis vel Mancipationis solemnitas sit necessaria (1) (*Const. L. 5, C. Th. eod. tit.*)

Extension de la dispense de Tradition, et exception au principe de l'Insinuation.

Si donationis instrumentum ante nuptias actorum solemnitate firmatum sit, de traditione, (2) utrum nuptias antecesserit, an secuta sit, vel penitus prætermissa, minime perquiratur. — In illa donatione quæ in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitatem, nec actorum confectione quærenda (3). Hæc enim commoda nec mariti fraude, nec successorum jus improbitate, nec scrupulositate juris, nec si et imperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem, degenari uxoribus deceptis patimur, vel his qui in ea-

(1) Cette exception au principe, que la propriété ne se transmet pas par le seul consentement, est positivement établie dans la *L. 4, C. Theod. eod. tit.* Voy. ci-après, p. 292.

(2) Seconde exception au principe que nous venons de rappeler.

(3) Cette loi dispense-t-elle de l'insinuation toute donation ante nuptias, ou bien seulement celles qui n'excèdent pas 200 solidi?

rum jura succedunt, sed a marito, vel ab heredibus ejus exacta restitui. (*Theodos. et Valentin. L. 8, pp. C. Th. de sponsal.*)

Abolition de la nécessité de l'écriture.

In extraneos, et sæpe ignotos, donationem collatam valere receptum est, etsi sine scripto donatum quid fuerit; (*modo*) adhibitis aliis idoneis documentis, hoc quod geritur, comprobetur (1). (*Theodos. et Valentin. L. 29, C. de don.*)

Confirmation de la nécessité de la tradition.

Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem, quas corporalis traditio fuerit subsecuta, sancimus (2), ne ususfructus exceptio pro traditione possit intelligi. Qui enim post liberalitatem re donata perfrui concupiscit, hoc sibi, quo voluerit modo, consignata videlicet possessione, debet præcipuum custodire, ne imperfecta vacillet donatio. (*Honor. et Theodos. L. 8, pp. C. Th. de donat.*)

Abolition de la publicité, soit dans l'écriture, soit dans la tradition.

In donationibus, quæ actis insinuantur, non esse necessarium judicamus vicinos vel alios testes adhibere. Nam superfluum est priva-

(1) Résulte-t-il de ce texte que l'on ait aboli la nécessité de l'écriture seulement pour les donations faites aux personnes que les empereurs désignent par ces mots *extranei et sæpe ignoti*, c'est-à-dire aux personnes autres que celles à qui l'on peut transférer la propriété par donation, sans la formalité de la *mancipation* ou de la *tradition*? Que faut-il entendre par les mots *adhibitis aliis idoneis documentis*?

(2) Pothier semble dire dans ses *Pandectæ Justinianæ*, Lib xxxix, Tit. 3, n° 22, que la nécessité de la tradition corporelle avait été supprimée; mais je ne vois pas sur quoi il fonde cette opinion; le texte actuel me paraît signifier seulement que les traditions fictives qu'on admettait dans certains cas ne seront plus admises. — Remarquez que Justinien, qui a rétabli, au moins quant aux donations, le principe posé dans la *L. 28, C. de don.*, citée ci-après, p. 295, statue, à la vérité, dans la *L. 55, § 5, eod.* que la donation sera efficace sans *tradition*; mais il n'entend pas par là

lum testimonium, cum publica monumenta sufficiant. Verum et illas donationes, quas gestis non est necessarium alligari, si forte per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valere præcipimus; ita tamen, si ipse donator vel alius voluntate ejus secundum solitam observationem subscripserit; donationibus, quæ sine scriptis conficiuntur, suam firmitatem habentibus secundum constitutionem (1) Theodosii et Valentiniani ad Hierium præfectum prætorio promulgatam. (*Zen. L. 31, C. de donat.*)

Extension de l'exception apportée au principe de l'Insinuation.

Sancimus omnem donationem, sive communem, sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed communem formam habere; ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in hujusmodi observatione similes sint tam communes, quam ante nuptias donationes. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto vel non intellecto esse credatur. Exceptis donationibus tam imperialibus, quam iis quæ in causas piissimas procedunt: quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri, tam à retro principibus, quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam majestatem. (*Justin. L. 34, C. de donat.*)

Cæteris etiam donationibus, quæ gestis intervenientibus minime sunt insinuatæ, sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris, hoc etenim tantummodo ad augendas hujusmodi donationes addendum esse, ex præsentī lege decernimus: anteriore tempore nostra lege præcedente moderando, qua usque ad trecentos solidos

que la tradition sera inutile comme moyen d'acquérir la propriété, il veut dire seulement, que la simple convention de donner sera obligatoire comme la vente.

(1) C'est la L. 29 ci-dessus.

factæ donationes, et sine insinuatione, firmitatem obtinere jussæ sunt (1). (*Justin. L. 56, § 3, C. de donat.*)

Art. IV. TRADITION SYMBOLIQUE, SIMPLE CONSENTEMENT.

Emptionum Mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum Mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis : et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere (2). (*Sever. et Anton. L. 1, C. de donat.*)

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam : veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi ; licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen quod patior eam, ex causa emptionis, apud te esse, tuam efficio. (*Gaius, L. 9, § 5, de adq. rer. dom.*)

Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. (*Pompon. L. 21, § 1, de adq. rer. dom.*)

Juxta divi Pii, consultissimi principis, instituta, valere donationes placet inter liberos et parentes, in quocunque solo, et cujuslibet rei liberalitas probabitur extitisse, licet neque Mancipatio dicatur, neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quæ non dubium consilium teneat, nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quæstio voluntatis possit irripere.... (*Constant. L. 4, C. Th. de donat. Cf. L. 5, in fin. ibid. eod., et L. 8, de spons. eod., citées ci-dessus p. 291.*)

Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel ven-

(1) Plusieurs autres modifications aux principes de l'Insinuation furent introduites par les *Novelles de Justinien*.

(2) Peut-on induire de cette loi que la Tradition de l'écrit constatant l'acquisition de propriété par celui qui livre, ait pu remplacer pour toute espèce de choses, la Tradition proprement dite, et lors même que la Tradition aurait une autre cause que la *volonté de donner*? ou bien ne faut-il voir ici qu'une décision toute spéciale?

dendo, usumfructum ejus retinuerit : etiam si stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio : sed omnimodo idem sit in his causis (1) usumfructum retinere, quod tradere. (*Honor. et Theodos. L. 28, C. de donat.*)

Si doceas, ut adfirmas, nepti tuæ ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta præberet : vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum conditio quidem tibi in hoc casu, id est in personam actio. jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. (*Valer. et Gallien. L. 1, C. de donat. quæ sub modo. Cf. L. 4, C. de pact. int. vend. et empt.*)

§ II. *Acquisitions sans le consentement, ou même contre la volonté formelle, du précédent propriétaire.*

Art. I^{er}. ACCESSION DE CHOSSES APPARTENANT A DIFFÉRENTS MAÎTRES.

a. *Acquisition par le moyen des meubles.*

Si alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento (*vid. Ulp. L. 7, § 2, ad exhib.*) : et qui dominus fuit purpuræ, adversus eum qui subripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit, sive alius : nam extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam (2) aliis possessoribus possunt. (*Inst. § 26, de rer. div. Cf. Gaius 2, Com. 79.*)

Proculus indicat hoc jure nos uti quod Servio et Labeoni

(1) Cela a été changé pour la *donation* par la *L. 8, C. Th. de don.* (Voy. ci-dessus, p. 291), mais Justinien est revenu au principe de la *L. 28*, dans le § 5 de la *L. 35, C. de don.*

(2) La leçon vulgaire est : *quibusque.*

placuisset : in quibus propria qualitas spectaretur, si quid additum erit, toto cedit, ut statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula..... (*Paul. L. 26, § 1, de adq. rer. dom.*)

Quidquid infecto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum argentum fatendum est (1). At contra, si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse, et a te recte vindicari. (*Pomp. L. 27, pp. de adq. rer. dom.*)

Sed et id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit ; licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ. Sed necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest (*Paul. L. 23, § 3, de rei vind.*)

Sed non, uti litteræ chartis membranisque cedunt, ita solent picturæ tabulis cedere ; sed ex diverso placuit tabulas picturæ cedere (2). (*Gaius, L. 9, § 2, de adq. rer. dom.*)

Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur ; ideoque si in chartis membranisque tuis, carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali ; utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est. (*Inst. § 35, de rer. divis. Cf. Gaius, L. 9, § 1, de adq. rer. dom. et 2 Com. 77.*)

(1) Il est probable qu'alors le tout est commun. En conséquence, ce cas appartient au Titre *des Démembrements de la propriété*.

(2) Gaius, 2 Com., § 78, dit qu'il n'aperçoit pas la raison de cette différence. Voyez au surplus ci-après le § 34, *Inst. de rer. div.*

Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere; aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulæ cedere; sed nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim picturam Apellis, vel Parrhasii, in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. — Unde, si a domino tabulæ imaginem possidente, is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is qui pinxit, eam possideat, consequens est ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuerit ille qui picturam imposuit. Illud enim palam est quod, sive is qui pinxit, subripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio. (*Inst.* § 34, *de rer. divis.* Cf. *Gaius*, 2 *Com.* 78.)

Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus ejusdem navis maneret? Respondit manere. Julianus notat: nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur. (*Julian.* L. 61, *de rei vind.*)

b. *Acquisition au moyen des immeubles.*

Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo fundo detraxerit, et vicino prædiō adpulerit, palam est eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini inhæserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint: ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ esse (1). (*Inst.* § 21, *de rer. div.* Cf. *Gaius*, L. 7, § 2, *de adq. rer. dom. et Ulp.* L. 9, § 2 *de don.*)

Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii, quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ dominus fuerit, desinit dominus ejus esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem XII Tabularum, qua cavetur, ne

(1) On lit dans la L. 7: *videtur.... adquisita.* (V. *Thémis*, t. VI, p. 145.)

quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur; sed duplum pro eo præstet (per actionem quæ vocatur *de tigno juncto*). Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt (*Cf. Gaius, L. 7, § 10, de adq. rer. dom.*). Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit (*V. Ulp. L. 1, de tign. junct.*). Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus (si non fuerit duplum jam consecutus) tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere. (*Inst. § 29, de rer. divis. Cf. Gaius, d. L. 7, § 10, eod.*)

Ex diverso si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cujus et solum est. Sed hoc casu, materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata; utique si non ignorabat se in alieno solo ædificare. Et ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest (*Cf. L. 59, de rei vind.*). Certe illud constat, si, in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit: nam scienti alienum solum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligebat alienum esse. (*Inst. § 50, de rer. divis. Cf. Gaius, L. 7, § 12, de adq. rer. dom. et 2 Com. 75 et 76.*)

Si supra tuum parietem vicinus ædificaverit, proprium ejus id quod ædificaverit fieri Labeo et Sabinus aiunt. Sed Proculus: tuum proprium, quemadmodum tuum fieret quod in solo tuo alius ædificasset; quod verius est. (*Pompon. L. 28, de adq. rer. dom.*)

Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit; et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit: si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet cujus fuerat (*Cf. Gaius, L. 7, § 13, de adq. rer. dom.*).

Adeo autem ex eo tempore quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus (Cf. *Gaius*, L. 7, § 13, *eod.*); ratio enim non permittit ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit (1). (*Inst.* § 31, *de rer. divis.* Cf. *Inst.* § 21, *eod.* et *Gaius*, 2 *Com.* 74.)

Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit; agere autem licebit, *non esse ei jus*, sicuti tignum aut protectum, *immissum habere*. (*Pomp.* L. 6, § 2, *de arb. furt. cæs.*)

Etsi radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est in cujus fundo origo ejus fuerit. (*Idem*, *ibid.*)

Qua ratione autem plantæ quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur; cæterum, sicut is qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali (secundum ea quæ diximus), ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa, bona fide, consevit. (*Gaius*, L. 9, *pp. de adquir. rer. dom.* Cf. *idem*, 2 *Com.* 75, 76, et *Diocl. et Max.* L. 11, *C. de rei vind.*)

Art. II. SPÉCIFICATION.

Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is qui fecit, an ille potius qui materiæ dominus fuit :

(1) A la suite de la L. 7, § *fin*, *de adq. rer. dom.*, qui contient le même principe, on lit cette phrase, qui forme la L. 8 : *pro regione cujusque prædii*.

ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argento vel ære, vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel subsellium fabricaverit? (*Inst.* § 25, *de rer. div.* Cf. *Gaius*, L. 7, § 7, et *Paul.* L. 24 et L. 26, *de adq. rer. dom.*)

Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam rudem redigi possit, cum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerat; si non potest reduci, eum potius intelligi dominum qui fecit. Ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci; vinum autem, vel oleum, aut frumentum, ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest. Ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. (*Inst.* § 25, *de rer. div.* Cf. *Gaius*, d. L. 7, § 7, *de adquir. rer. dom.* et 2 *Com.* 79.)

APPENDIX AUX ART. I ET II. SPÉCIFICATION ET ACCESSION RÉUNIES.

Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis : veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit : dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit; cum non solum operam suam dederit, sed et partem ejusdem materiæ præstiterit. (*Inst.* § 25, *de rer. div.*, Cf. *Ulp.* L. 5, *de rei vind.*; *Pompon.* L. 27, § 1, *de adq. rer. dom.*)

Art. III. PERCEPTION ET CONSOMMATION DES FRUITS.

Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa, æque bona fide, acceperit, naturali ratio-

ne placuit fructus quos percepit (1) ejus esse, pro cultura et cura..... Si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis (2) agere non potest. (*Inst.* § 55, de rer. div. Cf. *Diocl. et Max. L. 22, C. de rei. vind.*)

Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim (3) facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet loco domini pæne est; denique etiam priusquam percipiat (4) statim ubi a solo separati sunt, statim emptoris fiunt. Nec interest ea res quam bona fide emi, longo tempore capi possit, necne, veluti si pupilli sit aut vi possessa.... (*Paul. L. 48, pp. de adq. rer. dom.*)

In contrarium quæritur. si eo tempore quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam? Pomponius, verendum ne non sit bonæ fidei possessor quamvis capiat; hoc enim ad jus, ... illud ad factum pertinere..... (*Idem, ibid.* § 2.)

Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est : itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere. (§ 35, *J. de rer. divis.* Cf. *Julian. L. 25, de usur. et fruct. et Dioclet. et Max. d. L. 22.*)

(1) Que faut-il entendre par *Perception de fruits*? Paul, dans la *L. 25 de usuris*, n'exige pour le possesseur de bonne foi qu'une *séparation* du sol. — Dans quel instant y a-t-il *Perception* à l'égard des petits des animaux?

(2) Il peut donc, au contraire, revendiquer ceux qui ne sont pas consommés, quoique perçus.

(3) Qu'est-ce donc que cette propriété *interim*? Peut-elle se transformer en propriété *définitive* par l'*Usucapion*? La propriété n'est-elle pas tout de suite *définitive* quant aux fruits industriels?

(4) Voyez une application de cette distinction dans la *L. 25* ci-après.

..... fructuarii fructus non fiunt antequam ab eo percipiantur; ad bonæ fidei autem possessorem pertinent quoquo modo a solo separati sunt. (*Paul. L. 25, § 1, de usur.*)

In pecudum fructu, etiam fœtus est, sicuti lac, pilus et lana; itaque agni, hœdi, vituli, et equuli, et suculi, statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet. (*Inst. § 37, de rer. divis. Cf. Gaius, L. 28, de usur. et fruct.*)

Et ovium fœtus in fructu sunt,..... etiamsi prœgnantes venierint vel subreptæ sint. (*Paul. L. 48, § 2, de adq. rer. dom.*)

Art. IV. USUCAPION OU PRESCRIPTION DE LONG TEMPS (1).

De l'Usucapion en général, suivant les règles de l'ancien droit.

Usucapio autem est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. (*Modest. L. 3, de usurp. et usuc.*)

(1) A l'époque où écrivait Gaius, l'*Usucapion* et la *Prescription de long temps* étaient deux événemens différens sous le rapport de leurs effets comme sous le rapport de leur origine et de la plupart de leurs conditions. — L'*Usucapion* était une manière d'acquérir du *Droit civil*, qui, dans certains cas, ne faisait que transformer en *domaine quiritaire* le droit qu'on désignait alors par l'expression *habere in bonis*, et qu'on appela plus tard le *domaine bonitaire*. — La *Prescription de long temps* n'était autre chose qu'une *exception prétorienne*, qui paraît avoir été introduite pour protéger les possesseurs des biens-fonds situés hors de l'Italie.

Quoique la *Prescription de long temps* ne donnât point la propriété proprement dite, nous sommes forcés de placer ici l'explication de cet événement, attendu qu'il serait impossible de comprendre ce que l'*Usucapion* est devenue sous Justinien, si l'on ignorait ce qu'était auparavant la *Prescription de long temps*, Justinien ayant fondu ensemble les règles de ce dernier événement et celles de l'ancienne *Usucapion*.

Ces observations nous conduisent à diviser cet Article en quatre divi-

De l'Usucapion ayant pour effet de transformer en domaine quiritaire, le droit qu'on désignait par l'expression in bonis habere.

..... si tibi rem Mancipi, neque Mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero (1), in bonis quidem tuis ea res efficitur ; ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta usucapione, proinde pleno jure incipit, id est, et in bonis et ex jure Quiritium, tua res esse, ac si esset Mancipata vel in jure cessa. (*Gaius, 2 Com. 42.*)

Lorsqu'un époux a acquis avant le mariage le domaine naturel (l'in bonis) d'une chose appartenant à son conjoint, peut-il, durant le mariage, en acquérir le domaine quiritaire par Usucapion ?

Si inter extraneos facta sit donatio (2), et antequam, per tempus, legitimum dominium fuerit adquisitum, coie-

sions principales : — dans la première, nous nous occuperons de l'ancienne *Usucapion*, en la subdivisant en : 1° *Usucapion* à l'effet de transformer le domaine bonitaire en domaine quiritaire, 2° *Usucapion* ordinaire, et 3° *Usucapion* lucrative ou du moins n'exigeant pas la bonne foi ; dans la deuxième division, nous traiterons de l'ancienne *Prescription de long temps* ; dans la troisième, de l'événement que Justinien appelle indifféremment *Usucapio* ou *Præscriptio longi temporis* ; enfin dans la quatrième, de la *Præscriptio longissimi temporis* ou *Prescription* exigeant trente années ou plus.

(1) Il est évident que ce n'est qu'*exempli gratia* que Gaius a parlé de la *Tradition* ; il doit y avoir lieu à *Usucapion* à la suite de tout événement qui confère seulement le domaine naturel. Par exemple, à la suite de la *Missio in possessionem ex secundo decreto*, comme nous allons le voir tout à l'heure, ou bien à la suite de la *Ductio prætoris jussu* dans le cas de l'action noxale.

(2) Lorsqu'on compare cette loi avec la L. 25, au même titre, et avec

rint..... nihilominus procedere temporis suffragium constat : quia..... sine vitio tradita est possessio (1)
(Paul. L. 24, de donat. inter vir. et uxor.)

Dans le cas d'une donation faite pendant le mariage, si cette donation vient à être confirmée par la mort de l'époux donataire, le temps pendant lequel l'autre époux a possédé durant le mariage comptera-t-il pour la transformation du domaine naturel en domaine quiritaire ?

Cette question me paraît décidée dans la même L. 24, par les mots suivans, que j'ai séparés de ceux qui concernent l'autre espèce :

Vel contra, si inter virum et uxorem facta sit donatio, et

la L. 5, *pro donat.*, il est difficile de ne pas reconnaître que le jurisconsulte Paul a eu en vue le cas d'une donation de chose appartenant au donateur, et que par conséquent l'Usucapion dont il a parlé ne peut être que celle qui transforme le domaine bonitaire en domaine quiritaire ; en effet, dans le cas de chose appartenant à un tiers, l'époux donataire peut usucaper même lorsque la donation a eu lieu pendant le mariage ; à la vérité, la L. 3 semble admettre que la donation de chose d'autrui peut quelquefois appauvrir le donataire, auquel cas l'Usucapion serait empêchée ; mais, comment croire que, dans la deuxième espèce de la L. 24, Paul aurait fait d'une exception fort rare la règle générale, sans même laisser entrevoir que cette règle n'est point absolue ? Or, s'il s'agit de chose appartenant à l'un des époux dans la deuxième espèce de la L. 24, n'est-il pas évident qu'il en est de même dans la première espèce ?

(1) Le jurisconsulte n'aurait-il pas pu donner une autre raison, savoir que, le *nudum jus Quiritium* ne rendant pas plus riche celui qui l'acquerrait, un époux pouvait le transférer à son conjoint même par donation faite durant le mariage ; et qu'à *fortiori* ce droit pouvait être acquis par un événement indépendant de la volonté de la personne qui le perdait ? Il faudrait savoir si dans le cas de l'Usucapion dont nous parlons en ce moment, la personne contre qui on *usucapait* avait quelque moyen d'empêcher l'Usucapion ? Nous connaissons trop peu les effets attachés au *nudum jus Quiritium* pour résoudre cette difficulté.

ante impletum tempus supra dictum (1) solutum sit matrimonium (2). nihilominus procedere temporis suffragium, quia.... quod fuerit vitium amotum sit. (*Id. ibid.*)

Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio (3). Item si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem (4) Cassius respondit : quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. — Alias, ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. — Possidere (5) autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat. (*Paul. 1, § 2, pro donat.*)

Julianus scribit, eum qui in possessionem damni infecti

(1) Les mots *ante impletum tempus supra dictum* ne sont-ils pas une interpolation? Ils supposent que l'Usucapion commence pendant le mariage (sans doute sous la condition que la donation se trouvera confirmée). Mais, si elle peut commencer, pourquoi ne pourrait-elle pas s'achever? — Je n'aperçois pas bien le motif pour lequel la donation confirmée ne serait pas censée valable à partir du jour où elle a été faite, auquel cas il serait tout simple que la possession que l'époux donataire a eue pendant le mariage, servît à transformer le domaine bonitaire en domaine quiritaire; de sorte que l'époux donataire serait censé avoir acquis le domaine naturel au jour de la tradition, et le domaine civil seulement après l'annus ou le biennium de possession. Malheureusement la rédaction de la L. 24 ne se concilie pas avec ce système : le jurisconsulte aurait dit, non pas que le vice est éloigné (*amotum*) par la confirmation de la donation, mais qu'il est censé n'avoir jamais existé.

(2) Il faut suppléer : *morte donatoris*.

(3) Il faut encore supposer ici que la chose donnée appartient au donateur; sans cela, cette loi serait tout-à-fait en opposition avec la L. 25, *de don. int. vir. et uxo.*)

(4) Pourquoi ne décide-t-on pas ici comme dans L. 24? C'est que dans le cas du divorce les donations entre époux ne sont pas confirmées; une ratification expresse du donateur peut seule les faire valoir.

(5) Le jurisconsulte veut sans doute parler seulement de la possession qui donne les interdits.

nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere (usucapere) quam secundo decreto a Prætoris dominus (1) constituatur. (*Ulp. L. 15, §. 16, de damn. inf. Cf. Afric. L. 44, §. 1, eod.*)

Prætoris officium est, ut missus in possessionem (2), etiam eam per longi temporis spatium, in suum dominium capere possit. (*Paul. L. 5, de damn. inf.*)

De l'Usucapion ordinaire (3).

Bono publico Usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas, statuti temporis spatium. (*Gaius, L. 1, de usurp. et usuc.*)

(1) Il résulte bien clairement de ce texte, qui est tout-à-fait d'accord avec le § 55 de la même loi (*voy. ci-après p.*) que le second décret du Præteur confère à l'envoyé en possession le domaine *bonitaire*. Cela posé, l'Usucapion ne peut avoir pour objet que de transformer ce domaine en domaine *quiritaire*, car il est impossible de supposer que le jurisconsulte ait en vue le cas où l'individu, dont le refus de donner caution amène l'envoi en possession, n'était point propriétaire de la chose.

(2) Sous-entendez *ex secundo decreto*, car celui qui est en possession seulement en vertu du premier décret ne peut pas usucaper.

(3) Les conditions exigées pour l'Usucapion, sont : 1° une chose susceptible d'être usucapée, 2° la possession ayant les caractères définis aux Nos II, III et IV du Titre précédent ; 3° la bonne foi, c'est-à-dire, la croyance qu'on a acquis la propriété de la chose ; 4° le laps de temps déterminé par la loi. — Nous n'ajoutons pas, comme cinquième condition : une personne capable d'usucaper, parce que cela est compris dans les conditions de la possession ; d'ailleurs nous avons dit plus d'une fois, que ce Premier Livre était consacré exclusivement aux Personnes capables : si nous nous sommes occupés des Incapables dans le Titre précédent, c'est uniquement parce qu'il nous a paru impossible de faire bien comprendre la possession sans cela. Quant aux incapacités relatives, elles peuvent se rattacher à la première condition.

1^{re} Condition : Une chose qui puisse être usucapée.

Usucapione dominia adipiscimus, tam Mancipi rerum, quam nec Mancipi. (*Ulp. 19, frag. 8.*)

(a) Exceptions fondées soit sur une cause inhérente à la nature ou à la destination sociale de la chose (1), soit au genre de propriété dont elle est susceptible.

..... torum, id est vestibulum sepulchri, bustumve usucapi vetat. (*Cicero, de Leg. 2, 24. Cf. Aul. Gel. N. A. III, c. 2.*)

Item provincialia prædia usucapionem non recipiunt. (*Gaius, 2 Com. 46.*)

Liberos homines.... usucapi non posse manifestum est. (*Gaius, 2 Com. 48.*)

(b) Exception fondée sur une cause accidentelle, qui se rapporte à la manière dont cette chose est sortie des mains de celui contre qui on veut l'usucaper.

Set aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, numquam tamen illi usucapio procedit : veluti si quis rem furtivam aut vi possessam possideat ; nam furtivam lex XII. Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia (*Gaius, 2 Com. 45.*)

Quod ergo vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi posses-

(1) La possession étant l'une des conditions de l'Usucapion, il est évident que toutes les choses qui ne sont pas susceptibles de possession ne peuvent être usucapées. (Nous avons déjà indiqué ces choses au N° II du Chap. 1^{er} du Titre précédent ; nous nous contentons d'ajouter ici un passage de Cicéron concernant les choses religieuses.) — D'un autre côté, l'Usucapion étant une manière d'acquérir le domaine *quiritaire*, il est également évident qu'on ne peut pas usucaper les choses qui ne sont pas susceptibles de ce domaine. (V. ci-dessus, p. 200 et 214.)

sarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut *ne ipse fur, quive per vim possidet*, usucapere possit; nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet; sed ne ullus alius, quanquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi jus habeat. (*Gaius*, 2 *Com.* 49.)

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quæ vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit. (*Gaius*, L. 37, *de usurp. et usuc.*)

Quam rem.... si alio bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere; quia neque vi possessum, neque furtivum possidet. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium fundi locive furtum fieri. (*Gaius*, L. 38, *de usurp. et usuc.*)

Quod vi possessum raptum ve sit, antequam in potestatem domini heredisve ejus pervenit, usucapi lex vetat. (*Venul.* L. 6, *vi bon. rapt.*)

Quod autem dicit lex Atinia (1), ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem ejus cui subrepta est revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non

(1) Cicéron, dans un passage des Verrines (*in Verr. act.* 2, *lib.* 1, *cap.* 42), parle des *leges Atiniæ* comme se rapportant au Droit privé. Quant à la loi Atinia qui traite de l'Usucapion, Aulugelle l'appelle *lex vetus*, et dit que Scévola le père, Brutus et Manilius doutaient du véritable sens d'une de ses expressions (*quod subreptum erit*); on présume qu'elle date de la fin du sixième siècle de Rome. Cette loi paraît avoir eu pour objet principal de régler la manière dont la chose *furtiva* redevenait capable d'être usucapée en rentrant dans la puissance du propriétaire. (*V. L.* 4, §. 6, *de usurp. et usuc.* et L. 215, *de verb. sign.*) Du reste, le fragment de la loi Atinia cité dans le texte d'Aulu-Gelle semble répéter uniquement une disposition de la loi des Douze-Tables; la voici: « *Quod subreptum erit ejus rei æterna auctoritas esto.* » (*Gellius*, *Noct. Att.* 17, *verb. Furtivum et Subreptum.*)

in ejus ulique cui subreptum est. Igitur creditori subrepta, et ei cui commodata est, in potestatem domini redire debet. (*Paul. L. 4, § 6, de usurp. et usuc.*)

Quod contra legem repetundarum Proconsuli vel Prætori donatum est, non poterit usucapi. (*Paul. L. 8, de leg. Jul. rep.*)

(c) *Exception fondée sur la qualité du propriétaire de la chose.*

Item mulieris quæ in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, præterquam si ab ipsa, tutore auctore, traditæ essent; idque ita lege XII Tabularum cautum est. (*Gaius, 2 Com. 47.*)

De Tadiana re mecum Tadius locutus est te ita scripsisse, *nihil esse jam quod laboraretur, quoniam hæreditas usucapta esset*: admirabamur te ignorare, de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usucapi posse. (*Cicero ad Attic. I, epist. 5.*)

..... licet lex Julia, quæ vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem; tamen interpellat eam possessionem quæ per longum tempus (1) fit, si antequam constitueretur dotalis fundus, jam cæperat... (*Tryphon. L. 16, de fundo dot.*)

Si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectæ artis peritiam hæredibus suis defunctus servari testamento præcepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. (*Alexand. L. 2, C. de usucap. pro empt.*)

Nec interest ea res, quam bona fide emi, longo tempore

* (1) La loi *Julia de fundo dotali*, qui n'était peut-être qu'un titre de la loi *Julia de adulteriis*, défendait au mari d'aliéner le fonds dotal, quoiqu'il en fût regardé comme le propriétaire; et, de ce que la loi défendait l'aliénation, on en avait conclu qu'elle défendait aussi l'Usucapion.

capi possit (1), necne, veluti si *pupilli* (2) sit, aut vi possessa, aut Præsidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonæ fidei emptori. (*Paul. L. 48, pp. de adq. rer. dom.*)

Res fisci nostri usucapi non potest; sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nundum nunciatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse. Et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt. (*Inst. § 9, de usuc. Cf. Modest. L. 18, de usurp.*)

Un époux pourrait-il, durant le mariage, acquérir par Usucapion, non pas seulement le nudum jus Quiritium, mais le dominium plenum, de la chose appartenant à son conjoint?

Si extraneus rem viri, ignorans ejus esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit : mulier recte eam usucapiet. Non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factæ, adquirere prohibitæ sunt. (*Nerat. L. 44, de don. int. vir. et ux.*)

Voy. ci-dessus, p. 502, la L. 24, de don. int. vir. et ux. et la L. 1, § 2, pro donat., avec les notes.

(1) Il est certain que dans le texte primitif de Paul, au lieu de *longo tempore capi*, on devait lire *usucapi*. Cette altération, qui se trouve dans un grand nombre d'autres textes, est une suite de la transformation, opérée par Justinien, de l'ancienne Usucapion en un nouvel événement investitif (*modus acquirendi*) ayant une grande partie des caractères de ce qu'on appelait *Præscriptio longi temporis*, et qui fut appelé indifféremment *Usucapio* ou *longi temporis Præscriptio*.

(2) Dans les Basiliques, on lit *populion publica*. Cependant notre texte se justifie, si l'on remarque que depuis Alexandre-Sévère certains immeubles des pupilles ne pouvaient plus être aliénés sans l'autorisation du magistrat; or, il ne s'agit ici que d'immeubles : cela résulte du changement même que Tribonien a fait de *usucapi*, en *longo tempore capi*. — Jusqu'à quel point ce privilège fut-il étendu aux pubères mineurs, lorsqu'on reconnut que la *Prescription de long-temps* ne devait pas courir contre eux? Voyez ci-après, p. 358, la L. 3, C. quib. non obj.

Le vice de la chose productive s'étend-il aux produits, au moins dans le cas où le possesseur dérive le droit qu'il s'attribue sur les produits, du droit de propriété qu'il croit avoir sur la chose productive?

Voyez ci-après, pag. 520, la note sur la *Perception* ou *Séparation*.

II^e Condition. *Acquisition sur cette chose d'une Possession ayant les caractères déterminés (1), soit aux Nos II § 2 A, III, et IV § 1^{er}, soit aux Nos II § 2 B ou D, III, et IV § 2, du Titre précédent (2).*

PR.

Sine possessione Usucapio contingere non potest. (Licinius Rufus, L. 25, de usurp. et usuc.)

A. Possession immédiate.

(a) *Puissance de faire de la chose ce qu'un propriétaire a droit de faire de ce qui lui appartient.*

Voyez ci-dessus, p. 241 à 244, et p. 271, 292.

(1) La Possession qui réunit ces caractères est celle qu'on appelle communément *Possession civile* (voyez ci-dessus, page 217, note 1); elle est *immédiate* ou *médiate*, ainsi que nous l'avons expliqué au Titre précédent, et c'est cette distinction qui donne lieu à l'*alternative* que présente ici notre *rubrique* dans ses renvois aux subdivisions de ce même Titre. — Aux textes cités dans le Chap. de la *Possession*, nous nous contenterons d'ajouter, en prenant cette même distinction pour base de classification, quelques textes que nous avons omis alors, parce qu'ils nous ont paru se rapporter, non pas à la Possession en général, mais exclusivement ou du moins plus spécialement à la question de l'*Usucapion*.

(2) Nous avons déjà renvoyé, par la note de la page 505 ci-dessus, au § I^{er} du N^o II du Chap. de la *Possession*, où il s'agit de la *Capacité de posséder* soit immédiatement soit par une autre personne. — Pourquoi l'absence de violence dans l'origine de la Possession n'est-elle pas mise ici, comme la publicité et l'*animus domini*, au nombre des caractères de la Possession? C'est que les choses *ni possessæ* ne peuvent être usucapées par qui que ce soit.

(b) *Connaissance de la puissance que l'on a sur la chose* (1).

Voyez ci-dessus, p. 256 et 257.

(c) *Intention manifestée d'agir et d'être considéré comme propriétaire* (2).

Voyez ci-dessus, p. 225 et 226.

Cette intention n'est-elle pas quelquefois considérée comme non avenue, à cause d'une intention contraire qui a été manifestée antérieurement ? Comment pourrait être détruite l'influence de cette première manifestation ?

Voyez ci-dessus p. 234 et 235.

Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum, nulla extrinsecus accedente causa, ex

(1) On verra ci-après, *IV^e Condition*, jusqu'à quel point l'*Usucapion* peut continuer quoique la Possession ait perdu ce caractère ; par exemple, lorsqu'une personne croit qu'une chose lui a été enlevée, tandis que la chose est réellement encore en sa puissance. — Même observation pour les autres caractères de la Possession.

(2) Nous entendons parler ici, soit de la propriété *pleine* (c'est-à-dire, réunissant l'*in bonis* au *nudum jus Quiritium*), soit de la propriété *bonitaire*, pourvu cependant que dans ce dernier cas la chose soit d'ailleurs susceptible de domaine quiritaire, car sans cela l'*Usucapion* ne serait point applicable ; ainsi les fonds provinciaux ne pouvaient être usucapés : ils étaient seulement l'objet de la *Possessio longi temporis*, que nous expliquerons ci-après. — Si un individu détenait une chose en se considérant seulement comme investi du *nudum jus Quiritium*, il est évident qu'il n'usucaperait pas pour lui-même, mais bien pour l'individu qu'il considère comme investi du domaine bonitaire ; en effet, quel est l'esprit de l'*Usucapion* ? c'est de rendre inattaquable la position (devenue intéressante par sa durée) du possesseur recueillant les fruits de la chose et ayant conçu l'attente de la conserver indéfiniment ; or, ce possesseur, ce n'est pas l'individu, simple détenteur, qui s'attribue seulement le *jus Quiritium*, mais bien l'individu que ce détenteur reconnaît pour propriétaire bonitaire.

Nous examinerons ci-après, au Titre des *Démembrements*, ce qui peut arriver lorsque le détenteur s'attribue seulement la qualité d'*usufruitier*, de *superficiaire*, etc.

colendi occasione ad iniquæ venditionis vitium esse prolapsum : Præses provinciæ, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet. (*Diocl. et Max. L. 5, C. de adq. et ret. poss. Cf. L. 25, C. locat.*)

Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum qui, et corpore et animo incumbens possessioni, hoc solum statuit ut alia ex causa id possideret : non si quis, demissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit. (*Marc. L. 19, § 1, de adq. poss.*)

Voyez ci-dessus, p. 239, la L. 5, § 20, de adq. vel amitt. poss. (1).

B. Possession médiate.

(a) *Puissance sur la chose (2) de la part de celui qui est en rapport immédiat avec elle.*

Voyez ci-dessus, p. 225, 224, et 228 à 231.

(b) *Connaissance, de la part de celui qui est en rapport immédiat avec la chose, du pouvoir que lui donnent sur elle l'absence d'obstacle physique et la bonne disposition des autres hommes ; et de plus (sauf quelques exceptions indiquées ci-après) connaissance, de la part de celui que le détenteur immédiat reconnaît pour propriétaire de la chose, du pouvoir exercé en son nom.*

Voyez ci-dessus, p. 251, 253, 257 et 258.

Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine adipisca-

(1) Il ne faut pas s'arrêter au motif que donne le jurisconsulte dans la L. 5, § 20, car il s'ensuivrait que celui qui possède pour autrui pourrait commencer à posséder pour soi sans aucun événement nouveau, et par cela seul qu'il lui plairait de se dire : *A partir de ce jour, je ne possède plus pour autrui* ; ce qui est contraire aux textes cités auparavant.

(2) Nous n'avons point à définir ici les caractères de cette puissance considérés dans celui qui, étant immédiatement en rapport avec la chose, réfère sur une autre personne la qualité de propriétaire ; ces caractères sont les mêmes que lorsque le détenteur immédiat s'attribue la qualité de propriétaire.

tur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere (1). Quod si non peculiari nomine, non nisi sciente me (2); et si vitiose cœperit possidere, meam vitiosam esse possessionem. (*Paul. L. 2, § 11, pro empt.*)

Si emptam rem mihi, procurator, ignorante me, meo nomine adprehenderit, quamvis possideam (eam), non usucapiam : quia ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est. (*Paul. L. 47, de usurp.*)

Possessio (5) per procuratorem ignoranti quæritur, usucapio vero scienti competit. (*Papin. L. 49, § 2, de adq. poss.*)

Nondum aditæ hæreditatis tempus usucapioni datum est, si servus hæreditarius aliquid comparat (4).....; sed

(1) Ne serait-il pas plus vrai de dire que, dans ce cas, c'est l'esclave lui-même qui usucape? L'attente formée par le possesseur est le principal motif pour qu'on finisse par le préférer au propriétaire; or cette attente n'existe pas dans le maître lorsqu'il ne sait pas même que son esclave a pris possession d'une chose. — Que l'Usucapion, en faisant entrer la chose dans le pécule, profite en définitif au maître, quoiqu'il n'ait eu aucune connaissance de la possession, cela n'a rien d'étonnant, lorsqu'on remarque que l'esclave, en stipulant à l'insu et même malgré la défense de son maître, rendait celui-ci créancier. (*V. L. 62, de stip. serv.*) — Ainsi se résout l'objection que j'avais présentée dans la note 3 de la page 255. — Il est vrai qu'il reste à concilier, avec cette explication de la L. 2, la L. 49, § 1, de adq. poss.

(2) Il paraît résulter de la L. 41, § 1, de adq. poss., citée ci-dessus, p. 231, que, dans ce cas, le maître qui ignore le fait de l'esclave, n'acquiert pas même la possession *ad interdicta*. Ne pourrait-on pas en conclure que la L. 1, C. de poss., citée p. 232, n'est applicable qu'au cas où il y a mandat, et même mandat spécial, et où l'on ignore seulement ce qui a été fait en vertu du mandat. (*V. la note 3 de la même page 232.*)

(3) Par *Possessio*, le jurisconsulte entend ici la Possession qui donne simplement les interdits. C'est un cas qu'il aurait fallu ajouter à ceux qui ont été mentionnés ci-dessus, p. 261 et 271.

(4) Ce texte n'est-il pas en opposition avec le texte suivant? — Pourrait-on les concilier, en disant que, quoique le temps antérieur à l'adition d'hérédité compte pour l'Usucapion, ce n'est cependant qu'au moment de l'adition qu'on doit examiner s'il y a bonne ou mauvaise foi de l'héritier?

hæc jure singulari (1) *recepta sunt.* (*Papin. L. 44, § 3, de usurp.*)

Post mortem domini servus hæreditarius, peculii nomine (2) rem cœpit tenere : usucapionis primordium erit tempus hæreditatis aditæ. (*Pap. L. 45, § 1, de usurp.*)

(c) *Intention*, 1° de la part du détenteur immédiat, d'agir comme représentant une autre personne sur laquelle il reporte la qualité de propriétaire, et 2° de la part de cette autre personne, d'être en effet considérée comme propriétaire.

Voyez les textes cités ci-dessus, p. 228 à 254, p. 256, 259 et 240, et notamment :

1° quant à l'intention exigée du représentant, la L. 1, § 19 et 20, de *adq. possess.*;

2° quant à l'intention exigée du représenté, les L. 41, § 1, L. 5, § 12, et L. 1, C. de *adq. poss.*

Exception relative au représentant.

Voyez ci-dessus, p. 230, les L. 50, § 1, et L. 1, § 14, de *adq. poss.*, p. 224, la L. 15, *eod.*, p. 242, L. 5, § 10, *eod.*

Exception relative au représenté.

V. ci-dessus, p. 231 à 233, et p. 315, les cas où la connaissance de la part de la personne pour qui on détient n'est pas exigée (3).

(1) Cette décision ne doit-elle pas s'étendre à l'esclave du pupille au moins pour le cas où il se trouve sans tuteur, et ne pourrait-on pas tirer ment de la L. 1, § 20, de *possess.*

(2) Un autre moyen de concilier cette loi avec la précédente, ce serait de lire : *non peculii nomine*, et d'appliquer la L. 44 seulement à l'acquisition faite *peculiari nomine*.

(3) Il est évident que lorsque la connaissance n'est pas exigée, l'intention, *explicite* d'être considéré comme propriétaire ne peut pas l'être non plus ; mais ne pourrait-on pas dire qu'il y a intention générale, de la part du maître, d'être considéré comme propriétaire de tout ce que son esclave pourra acquérir ?

III^e Condition : *Bonne foi, c'est-à-dire, croyance plausible que la propriété a été acquise au possesseur* (1).

..... *Rerum usucapio nobis competit..... si modo eas bona fide acceperimus.....* (Gaius, 2 Com. § 43.)

A. *De la part de qui cette croyance doit-elle exister ?*

(a) Il ne peut y avoir de doute lorsqu'il s'agit de *possession immédiate* : c'est de la part de la personne qui, ayant la chose en sa puissance, s'en attribue publiquement la propriété.

(b) *Quid, dans le cas où la possession est médiate ?*

Pomponius..... *in his quæ nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait. Quod si peculiari, tunc mentem servi quærendam* (2). (Paul. L. 2, § 12, *pro empt.*)

Patrem usu non capturum quod filius emit, propter suam vel filii scientiam, certum est. (Marcian. L. 43, § 1, *de usurp. et usuc.*)

(1) La plupart des commentateurs font précéder cette *Condition* d'une autre qu'ils indiquent par les mots *justus titulus*. Nous expliquerons tout-à-l'heure (note 2 de la page suivante) en quoi consiste, suivant eux, cette *Condition* que nous n'avons pas cru devoir admettre.

(2) Il résulte de ce texte que lorsque l'esclave (et sans doute il faut en dire autant du fils de famille par rapport au père de famille) acquiert au nom du maître, on exige la bonne foi dans le maître ; mais que si l'esclave acquiert pour son pécule, dont il a en quelque sorte la propriété (*quasi patrimonium*), c'est chez lui qu'on exige la bonne foi ; et alors l'on exige seulement, chez le maître, l'absence de mauvaise foi ; de sorte qu'il peut usucaper, même en ignorant l'acquisition faite par l'esclave, mais non lorsqu'il sait positivement que la propriété n'a point été acquise.

B. *Dans quels cas cette croyance, en la supposant plausible (1), pourra-t-elle donner à la possession (continué pendant un certain temps et appliquée à une chose susceptible d'Usucapion)*

(1) Il est impossible de prévoir et de déterminer toutes les circonstances dans lesquelles un individu peut raisonnablement croire que la chose qu'il possède est devenue sa propriété : c'est une question sur laquelle le législateur est forcé de s'en rapporter à la prudence du juge. Les jurisconsultes romains sont entrés à cet égard dans des détails infinis; nous nous bornerons à rapporter ici leurs décisions principales.

Pour justifier l'ordre dans lesquels nous avons placé ces décisions, nous ferons remarquer :

1°, que l'erreur de droit n'excusant pas, le possesseur ne peut pas être admis à dire : *Je croyais que tel événement était mis par la loi au nombre des manières d'acquérir* ;

2°, qu'en conséquence, la croyance d'un possesseur, *qu'il est propriétaire de la chose possédée*, ne peut être en définitif autre chose que la croyance, *qu'il s'est réalisé en sa faveur l'un ou l'autre des événements* que la présente Section indique comme *sources du droit de Propriété* ;

3°, qu'il est difficile que le possesseur ait juste sujet de croire qu'un événement l'a rendu propriétaire, lorsque pas une des conditions de cet événement ne s'est réalisée; d'où il suit, (a) qu'en général l'Usucapion ne sera point invoquée pour couvrir l'absence totale de toute manière d'acquérir, mais seulement pour suppléer à l'une ou à l'autre (ou à quelques-unes en même temps) des conditions de *telle manière d'acquérir*, (b) que la question de bonne foi, réduite déjà à la question de savoir si le possesseur a pu croire que tel événement était arrivé, ne sera plus en définitif que celle-ci : le possesseur a-t-il pu croire à l'existence de telle condition qui manque à l'événement auquel il attribue son droit de propriété?

4°, que les circonstances qui justifient la croyance du possesseur à l'égard de telle condition, peuvent être, et sont même ordinairement, différentes de celles qui la justifient à l'égard de telle autre condition.

Cela posé, il nous semble que la meilleure classification à faire des décisions que le Droit romain présente sur cette matière, c'est de les ranger dans l'ordre des différentes manières d'acquérir la propriété, en distinguant celles qui concernent le même événement, en raison des conditions diverses qui font de cet événement une manière d'acquérir.

la puissance de suppléer à celle des manières d'acquérir que le possesseur considère comme source de son droit de propriété (1) ? — Que faut-il pour que cette même croyance soit plausible ?

Celsus libro, xxxiv, errare eos ait, qui existimarent, *cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo*

(1) Nous venons de dire qu'il est difficile que le possesseur s'imagine avoir acquis la propriété d'une chose sans qu'au moins une partie des conditions de l'un ou l'autre des événements que le législateur a reconnus comme *manières d'acquérir la propriété* se soit réalisée à son égard.

Parmi ces conditions, il en est qui excluent en général la possibilité d'une erreur excusable, ce sont celles qui consistent dans le propre fait du possesseur. — Doit-on en conséquence considérer l'*existence réelle* de ces conditions comme une condition de l'Usucapion dans le cas où l'on voudrait fonder celle-ci sur l'événement auquel elles appartiennent ?

Nous avons pensé qu'il y aurait double emploi à les présenter sous ce point de vue, parce qu'en exigeant telle *croyance*, nous exigeons implicitement tout ce qui est nécessaire pour que cette croyance existe.

Mais, d'après un assez grand nombre d'interprètes, il y a des conditions qui ne pourraient être suppléées alors même qu'elles se trouveraient l'objet d'une erreur tout-à-fait plausible ; bien plus, suivant eux, lorsque l'événement invoqué par le possesseur est la *Tradition* faite dans l'intention de satisfaire à une obligation résultant d'une vente (peut-être aussi de quelque autre cause), l'absence de telle ou telle condition de la tradition ne peut-être couverte par l'Usucapion qu'autant que la cause d'obligation dont il s'agit a réellement existé. Dans ce système, il y aurait sans doute à ajouter une Condition à celles que nous avons indiquées comme nécessaires pour la validité de l'Usucapion ; c'est aussi ce que les interprètes dont nous avons parlé ont fait, en disant que la bonne foi doit être fondée sur un *juste titre*, *justus* ou *verus titulus*.

Le cadre de cet ouvrage ne nous permet pas de discuter ici cette opinion, et de développer les motifs qui nous ont empêché de la suivre.

Nous nous contenterons de présenter les observations suivantes sur le fragment de Celsus et sur les deux lois du Code où l'on a cru trouver le principal fondement de cette doctrine du *justus titulus*.

1°. Le sens du mot *titulus* étant fort incertain, comme on le voit en

usucapere eum posse; nihil referre, emerit necne, donatum sit necne, si modo emptum, vel donatum sibi existimaverit : quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nul-

comparant les lois dont il s'agit avec la L. 7, *C. de poss.* et avec la L. 1, *pp. pro dote*, on pourrait supposer que les empereurs Dioclétien et Maximien ont entendu par *verus titulus*, soit simplement toute qualification qui implique l'idée que l'on possède pour soi et non pour autrui, soit toute circonstance qui peut justifier la croyance du possesseur qu'il a acquis la propriété de la chose.

2°. Quant au passage de Celsus, il est susceptible de deux interprétations :

Suivant la première, le bénéfice de l'Usucapion serait refusé au possesseur qui invoque comme source de son droit une tradition faite en exécution d'une vente ou d'un legs, s'il n'y a pas eu véritablement vente ou legs. (Celsus parle aussi de la *donation* et de la *dot*, mais sa décision à cet égard se concilie facilement avec notre opinion, comme on le verra ci-après.)

D'après la seconde, l'existence réelle de la vente ou du legs, etc., ne serait exigée que pour que l'Usucapion puisse avoir certains effets particuliers, effets attachés à l'Usucapion *pro emptore*, *pro legato*, etc.

Dans le premier cas, la L. 2 se trouve en contradiction avec une foule d'autres textes, et notamment avec la L. 5. § 1, *pro suo*, que nous avons citée ci-dessus. Or, comme Celsus ne présente aucun motif pour refuser le bénéfice de l'Usucapion dans les cas où ces autres textes l'accordent, il me semble qu'on ne doit point hésiter à donner la préférence à ces derniers.

Dans le second cas, il s'agirait de savoir quels étaient les privilèges attachés à l'Usucapion *pro emptore*, *pro donato*, etc., et par quels motifs ils avaient été établis; or, à l'exception de la L. 50, § 5, qui ne concerne que le cas de la vente, et qui, sans doute, n'avait pas pour objet de déterminer toute l'importance de la distinction entre l'Usucapion *pro emptore*, et l'Usucapion pure et simple (ou *pro suo*), rien ne nous donne la moindre lumière à cet égard, et nous sommes réduits à désirer que la découverte de quelque ancien manuscrit fasse un jour pour l'Usucapion *pro emptore* (car c'est là surtout qu'il se présente des difficultés insolubles dans l'état actuel de nos connaissances), ce que la découverte de Gaius a fait pour l'Usucapion *pro hærede*. — Au reste, il ne faut pas s'imaginer que

lum legatum sit. Idem et in litis æstimatione placet : ut, nisi vere quis litis æstimationem subierit, usucapere non possit. (*Ulp. L. 27, de usurp.*)

la croyance plausible, de la part du possesseur, qu'il a acquies la propriété de la chose, puisse dans tous les cas (en se réunissant aux autres conditions) de l'*Usucapion*, tenir lieu de telle autre manière d'acquérir que le possesseur a mal à propos considérée comme lui ayant conféré le droit de Propriété. En effet, les intérêts du possesseur se trouvant toujours en conflit avec ceux d'un propriétaire qu'il s'agit de dépouiller (car il ne peut être question d'*Usucapion* à l'égard des choses qui n'ont pas de maître, puisque le seul fait de prise de possession en donne immédiatement la propriété), il arrivera quelquefois que, malgré sa bonne foi, le possesseur paraîtra, même après le délai de l'*Usucapion*, moins digne de faveur que le propriétaire, soit parce que la négligence de celui-ci est compensée par une négligence ou une stupidité extraordinaire du possesseur lui-même (voyez ce que nous avons dit plus haut de l'erreur inexcusable), soit à raison de l'intérêt particulier qu'inspire la position du propriétaire que l'*Usucapion* dépouillerait ; par exemple, si la Tradition invoquée par le possesseur se trouvait nulle pour *défaut de capacité d'aliéner* de la part de la personne qui a livré, il ne serait pas permis au possesseur, malgré l'erreur où il a pu tomber, d'usucaper la chose de l'incapable (alors même qu'elle n'eût pas été déclarée d'une manière absolue *non susceptible d'Usucapion*), tandis que, s'il s'agissait d'une chose, achetée à la vérité d'un incapable, mais appartenant à un tiers capable, cette même erreur, quoiqu'il y en ait alors une seconde erreur à excuser, autoriserait l'*Usucapion*. Le motif de cette différence, c'est que celui qui a traité avec l'incapable avait plus de moyens de s'assurer de la condition de celui-ci, que l'incapable n'en avait d'éviter un acte nuisible à ses intérêts.

Au lieu de principes généraux, le corps du Droit romain ne nous offre, pour nous aider à résoudre cette grave question de *distribution de perte*, qu'une multitude de décisions particulières, et qui ne me paraissent pas parfaitement concordantes.

Pour savoir dans quels cas la possession jointe à la bonne foi pourra tenir lieu de l'événement par lequel le possesseur croit avoir été investi du droit de Propriété, ces décisions doivent être combinées avec celles qui, par rapport à tel ou tel événement, à telle ou telle condition de l'événement que le possesseur invoque, déterminent les circonstances dans lesquelles l'erreur du possesseur peut paraître plausible.

Usucapio non præcedente vero titulo procedere non potest; nec prodesse neque tenenti, neque hæredi ejus potest..... (Diocl. et Max. L. 4, de usuc. pro hær.)

Nullo justo titulo præcedente possidentes, ratio juris quærere dominium prohibet. Idcirco, cum etiam usucapio cesset, intentio domini nunquam absumitur..... (Diocl. et Maxim. L. 24, C. de rei vind. Cf. L. 11, C. fam. etc.)

Sed id quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio : quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis non obstet (1); veluti si ob id aliquid possideam quod servum meum aut ejus cujus in locum hæreditario jure successi, emisse id falso existimem; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. (Nerat. L. 5, §1, pro suo)

I. Le possesseur alléguant comme source du droit de propriété qu'il s'attribue une Occupation qui ne présente pas toutes les conditions requises (2).

(a) Si une chose a été réellement abandonnée, mais par celui qui n'en était pas propriétaire.

Id quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus a quo derelictum sit. (Paul. L. 4, pro derel.)

(b) Quid, si on a cru à tort que la chose était abandonnée?

Nemo potest pro derelicto usucapere qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse. (Julian. L. 6, pro derel.)

(1) Au lieu de *non obstet*, ne faudrait-il par lire : *existat*?

(2) Nous embrassons ici sous le nom d'*Occupation*, non-seulement l'événement que nous avons décrit ci-dessus p. 247, dans le 1^{er} Article des manières d'acquérir originaires, mais encore les événements analogues qui sont l'objet des trois Articles suivans.

II. *Le Possesseur invoquant, comme source du droit de propriété qu'il s'attribue, la Perception proprement dite, ou la simple Séparation des fruits ou produits* (1).

V. ci-après, p. 350, les L. 9 et 10 *pro cmpt.* et p. 440, les L. 4, § 5 et 15, et L. 44, § 2, *de usurp.*

Fructus, et partus ancillarum, et foetus pecorum, si de-

(1) Avant d'examiner comment la croyance, qu'on a acquis la propriété par la *Perception* ou *Séparation*, peut servir de base à l'Usucapion, il faudrait savoir exactement dans quels cas la *Perception* ou *Séparation* est véritablement une manière d'acquérir; or, les interprètes du Droit romain, sont loin d'être parfaitement d'accord à cet égard.

Le seul cas où ils reconnaissent tous la *Perception* comme manière d'acquérir, c'est celui où les fruits sont perçus par un *usufruitier* ou par un *colon*. (Ne pourrait-on pas dire qu'alors la *Perception* n'est qu'une sorte de *tradition*? Ce cas n'est-il pas tout-à-fait analogue à celui où l'on extrait des pierres d'une carrière, en vertu de la convention faite avec le propriétaire?)

Suivant un assez grand nombre d'interprètes, la *Perception* des fruits ou la simple *Séparation* des produits était aussi une manière d'acquérir pour le propriétaire, et pour le *possesseur de bonne foi*.

Mais beaucoup d'autres prétendent : 1° que les fruits ou produits, appartenant avant la *Perception* ou *Séparation* au propriétaire de la chose productive comme partie intégrante de cette chose, il n'est pas plus vrai de dire qu'il y ait acquisition pour lui au moment de la *Perception* ou *Séparation*, que de prétendre qu'un propriétaire acquiert toutes les fois qu'il divise sa chose; 2° que le possesseur de bonne foi, même à l'égard des fruits industriels, n'acquiert par la *Perception* qu'une propriété improprement dite, c'est-à-dire le droit d'être considéré comme propriétaire par *interim*.

Cela posé, nous croyons qu'il est tout au plus deux cas où la *Perception* ou *Séparation* pourrait être invoquée comme base de l'Usucapion :

Le premier, qui se présente dans tous les systèmes, c'est lorsqu'un individu, croyant avoir véritablement droit d'usufruit ou de bail sur une chose, en a perçu réellement les fruits ou du moins les possède, ayant juste sujet de croire qu'il les a perçus (bien entendu par un tiers).

Le deuxième (qui n'existe évidemment que dans le second système), c'est lorsque les fruits ou produits d'une chose sont perçus ou séparés

functi non fuerunt, usucapi possunt. (Paul. L. 4, § 5, de usurp. et usuc.)

durant la possession d'un individu qui n'est pas propriétaire de cette chose, mais qui l'a appréhendée de bonne foi.

Il est évident que, dans l'un comme dans l'autre cas, le possesseur n'invoque la *Perception* que comme complément d'un autre événement : en disant : *J'ai cru avoir acquis les fruits de cette chose par la Perception* ; il dit implicitement : *J'ai cru que j'étais propriétaire, ou usufruitier, ou locataire de cette chose.*

Il ne peut guère y avoir, ce me semble, de difficulté que sur cet événement antérieur à la *Perception* ou *Séparation* ; car comment, sauf le cas indiqué tout-à-l'heure, le possesseur pourrait-il croire qu'il a perçu les fruits lorsqu'il les a acquis à un autre titre ?

Or, la question de savoir dans quels cas la croyance, *qu'on est devenu propriétaire d'une chose productive*, peut être valablement invoquée comme base de l'Usucapion, est précisément comprise dans la question, plus générale, qui fait l'objet du Numéro précédent et des Numéros suivans.

Quant à celle de savoir dans quels cas un individu peut alléguer la croyance *qu'il est devenu usufruitier ou fermier d'une chose*, elle appartient plutôt au Titre des *Démembrements de la propriété* qu'à celui-ci.

Mais il se présente ici d'autres difficultés :

Et, d'abord, il s'agit de savoir si la croyance qu'on est propriétaire ou usufruitier ou fermier de la chose productive, peut, jointe à la *Perception*, servir de base à l'Usucapion des fruits ou produits, lorsque cette croyance ne pourrait pas servir pour usucaper, à l'égard de la chose productive elle-même, les droits de propriété, d'usufruit ou de bail. — Cette question se présente surtout par suite des lois qui rendent certaines choses imprescriptibles ; elle se présente également par suite des lois qui n'admettent point l'Usucapion d'autres droits que le droit de propriété.

Une autre difficulté est de savoir si le délai de l'Usucapion des fruits ou produits doit commencer à courir du jour où l'on a commencé à posséder la chose productive, ou seulement du jour de la *Perception* ou *Séparation*.

Enfin (troisième question), la bonne foi doit-elle exister au moment de l'événement par lequel on a cru acquérir le droit de percevoir les fruits.

III. *Le possesseur invoquant la Tradition (1) comme source du droit de propriété qu'il s'attribue.*

a. *Celui qui a livré n'étant pas propriétaire.*

Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit

ou bien au moment de la Perception même, ou bien doit-elle exister à l'une et à l'autre époque?

La première question appartient à la première Condition (*V.* ci-dessus, page 306), et la deuxième à la quatrième Condition; quant à la troisième question, qui appartient évidemment à la Condition dont nous nous occupons maintenant (*bonne foi*), elle va être traitée sous la lettre C. (*V.* page 354.)

Un assez grand nombre de jurisconsultes réunissent, sous le titre général d'*Accession*, la *Perception* ou *Séparation des fruits* ou *produits*, 1° avec l'événement que nous avons appelé *Accession proprement dite*; 2° avec l'*Alluvion* et autres événemens analogues dont nous avons parlé ci-dessus, pag. 280. — Ce qu'il y a de commun entre ces manières d'acquérir la propriété, c'est qu'elles sont toutes des événemens complémentaires : il faut être déjà propriétaire d'une chose pour en acquérir une autre par *Accession*; d'où il suit que celui qui invoque l'*Accession* comme source de son droit de propriété sur la chose accessoire, invoque implicitement un autre événement comme source de son droit de propriété sur la chose principale. Mais il existe entre la *Perception* ou *Séparation* et les autres événemens dont nous venons de parler une différence immense sous le rapport de l'*Usucapion*, c'est que les choses accessoires auxquelles ils s'appliquent deviennent parties intégrantes de la chose principale, et suivent par conséquent le sort de celle-ci; dès lors, il ne peut être question d'*Usucapion* de ces choses accessoires, autrement que comme parties de la chose principale; et peu importe, dans ce cas, la durée de leur possession; quant à la bonne foi, voyez ce que nous avons dit ci-dessus, p. 294.

Des motifs tout autres que ceux qui concernent l'*Accession* me paraissent également empêcher que la *Spécification* soit invoquée comme base de l'*Usucapion*; en effet, toutes les fois que la propriété n'est pas acquise immédiatement par cet événement, quoique le travail paraisse supérieur à la matière, c'est qu'il y a mauvaise foi de la part du *Spécificateur*, et cette circonstance seule exclut l'*Usucapion*.

(1) Non seulement chacune des conditions requises pour la validité de

quæ non a domino nobis traditæ fuerint... si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui tradiderit dominum esse. (*Gaius*, 2 *Com.* § 45.)

1°. La Tradition a eu lieu comme accomplissement de l'obligation de transférer la propriété.

Jure civili constitutum fuerat ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rememerit, vel ex donatione, aut quavis alia justa causa acceperit (1), is eam rem.... usucapiat. (*Inst. pp. de usuc.*)

la Tradition peut être l'objet d'une erreur excusable; mais plusieurs conditions peuvent manquer en même temps. Si la solution de cette question : *Quand l'existence de telle condition peut-elle être remplacée par la possession jointe à la croyance que la Tradition a été parfaite*, était influencée par l'absence simultanée de quelque autre condition, on conçoit combien de combinaisons diverses nous aurions à prévoir et à examiner; mais il n'en est pas ainsi (sauf peut-être le cas où le défaut de *capacité* concourt avec l'absence de la *qualité de propriétaire*); et en conséquence, il nous suffira de considérer la question par rapport à chacune des quatre conditions de la Tradition, prise isolément.

Nous n'avons trouvé aucun texte dans lequel la *Mancipatio* ou la *Cessio in jure* fussent présentées comme fondement de l'*Usucapion*; cela vient sans doute de ce que ces manières d'acquérir étant ou abolies ou tombées en désuétude du temps de Justinien, les rédacteurs du Digeste, des Institutes et du Code omirent à dessein les décisions, soit des jurisconsultes, soit des premiers empereurs, où il était question de *Mancipatio* ou de *Cessio in jure*, ou du moins, en rapportant ces décisions, ils remplacèrent les mots *Mancipatio* et *Cessio in jure* par ceux de *Venditio* et *Traditio*, ou même simplement par le mot *Venditio*, ce qui est peut-être la cause d'une partie des difficultés que présentent aujourd'hui les textes relatifs à l'*Usucapion pro emptore*.

(1) Ce texte embrasse tous les cas où, l'on peut invoquer la Tradition pour usucaper la chose livrée par un non-propriétaire; car il faut bien se garder de croire que *justa causa* ne signifie autre chose qu'une obligation de transférer la propriété (obligation qu'on a entendu remplir par

Quid si la tradition a été provoquée par la prétention qu'élevait celui à qui on l'a faite, que la propriété de la chose devait lui être transférée ?

..... Sed et is a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, si solvendi causa id fecerit, eo ipso efficiet ut fundum longo tempore capiam. (Julian. L. 35, § 3, de usurp. et usuc.)

Quid s'il est certain que l'obligation de transférer la propriété n'existait pas réellement ?

..... Si existimans me debere, tibi ignoranti tradam, usucapies (1). (Paul. L. 2, pro empt.)

Hominem, quem ex stipulatione et mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi : si scissem mihi nihil deberi, usu eum non capiam. Quod si nescio, verius est ut usucapiam..... (Pomp. L. 3, pro suo.)

Quod legatum non sit, ab hærede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo (2) possidet. (Pompon. L. 4, § 2, pro suo.)

V ci-après, p. 357 et 358, les LL. 4 et 9, pro leg. — Je crois que la

la tradition, et que *justus titulus* signifie toujours une source d'obligation. Nous allons indiquer ces différens cas, en citant les textes où l'on considère spécialement chacun d'eux, ou du moins quelques-uns, comme pouvant servir de base à l'Usucapion. Nous examinerons en même temps, quant à ceux où la tradition se présente comme conséquence d'un autre événement, si l'erreur, par rapport à cet autre événement, peut avoir quelque influence sur la question d'Usucapion.

(1) Remarquez que dans ce texte, ainsi que dans tous ceux où l'on parle d'Usucapion à l'occasion d'une tradition faite comme accomplissement d'une obligation qui n'existait pas, il faut nécessairement supposer que la chose livrée appartenait à un tiers ; car sans cela, malgré l'erreur, la propriété serait immédiatement transférée.

(2) Il est bien évident qu'il ne possède pas pour autrui ; qu'a donc voulu dire le jurisconsulte ? V. ci-dessus, p. 319, la L. 27, de usurp., et la note 1.

controverse dont parle la L. 9 n'a existé que pour les legs qui confèrent au légataire le droit de s'emparer de la chose sans *tradition* de la part de l'héritier.

2°. *L'obligation qu'on a entendu accomplir était seulement celle qu'impose au vendeur la vente conçue dans les termes ordinaires.*

Le fait seul de la *tradition* n'autorise pas alors le possesseur à croire qu'il tient la chose du propriétaire, attendu que, non-seulement on peut vendre la chose d'autrui, mais il n'est pas nécessaire que le vendeur livre une chose *sienna*; il faudra donc que le possesseur justifie autrement sa croyance. — Pourrait-on conclure de textes que nous allons citer que les jurisconsultes romains ont considéré l'existence d'un contrat de vente comme une condition nécessaire de cette justification?

Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse (1). Aliud si putem me ex causa venditi (2) teneri, et ideo tradam : hic enim, nisi actio (emptio ?) præcedat, pro emptore usucapio locum non habet. — Diversitatis causa (3) in illo est, quod in cæteris cau-

(1) Ne suis-je pas autorisé à le croire, par cela seul que vous le déclarez?

(2) Aurait-on fait une différence entre le cas où celui qui livre déclare simplement devoir, et celui où il indique la source spéciale de son obligation.

(3) Je viens d'indiquer une différence entre le cas de vente et les cas où il s'agit de l'obligation de transférer la propriété; mais il ne me paraît pas possible d'en conclure que l'existence de la vente est plus nécessaire que l'existence de l'événement qui produit cette obligation, pour qu'il puisse y avoir *Usucapion*. — Le jurisconsulte déduit la nécessité qu'il y ait eu véritablement *vente*, de ce que l'on exige la bonne foi à l'époque de ce contrat; mais pourquoi ne suffit-il pas que le possesseur établisse qu'il a eu sujet de croire que le vendeur était devenu propriétaire avant la *tradition*? Ce que dit le jurisconsulte pour expliquer une règle bizarre est tout aussi inexplicable que cette règle. — Peut-être toutes ces difficultés proviennent-elles de ce que Justinien a confondu les règles que les jurisconsultes avaient posées pour l'*Usucapion* qui avait seulement pour objet de transformer le domaine bonitaire en domaine quiritaire, avec

sis solutionis tempus inspicitur : neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse, nec ne : sufficit enim me putare meum esse cum solvis. In emptione autem, et contractus tempus inspicitur, et quod solvitur : nec potest *pro emptore* usucapere, qui non emit : nec *pro soluto*, sicut in cæteris contractibus. (*Paul. L. 48, de usurp. et usuc. Cf. idem, L. 2, pp. pro. empt. et Ulp. L. 7, § 16 et 17, de public.*)

V. cependant ci-après, p. 332, les LL. 10, pp. et 44, § 2, *de usurp.*

Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse *pro emptore* usucapere, hac-tenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat (1). (*Afric. L. 11, pro empt.*)

Voy. ci-après, p. 327, la L. 2, § 6, *pro empt.* (2).

celles qui concernent l'Usucapion acquisitive de l'un et l'autre domaine en même temps. Au surplus, il serait possible que parmi les jurisconsultes eux-mêmes, il y en ait eu qui étaient tentés d'appliquer à la deuxième espèce d'Usucapion les règles de la première, tandis que les autres repoussaient cette application.

(1) A la suite de cette proposition, le jurisconsulte donne un exemple qui paraît devoir être placé plus loin (*voy. pag. 336*) ; à moins que l'on ne préfère changer les mots *atque ita tradiderit*, qui attribuent le fait de la tradition à l'esclave ou au mandataire, en ceux-ci : *atque res ei tradita sit* (en sous-entendant *ab eo quem venditorem credidit*). En effet, sans ce changement, la difficulté que peut offrir le cas prévu par le jurisconsulte appartient à un tout autre ordre d'idées : il s'agit de savoir si une possession vicieuse ayant été acquise au maître ou au mandant par l'intermédiaire de l'esclave ou du mandataire, cette possession peut être remplacée par une possession *ad usucapionem* au moment où le maître ou mandant devient possesseur immédiat de la chose.

(2) Cette loi est susceptible de deux interprétations : si on veut l'entendre dans ce sens, que le vendeur, en livrant *Dama*, a bien su qu'il livrait *Dama*, et s'est trompé seulement en ce qu'il a cru que la vente avait eu *Dama* pour objet, la décision du jurisconsulte se rattachera à la L. 11 *pro empt.* ; mais si on suppose que l'erreur a consisté en ce qu'au

Si a furioso, quem putem sanæ mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio (1). (*Paul. L. 2, § 16, pro empt.*)

Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi.... (*Paul. L. 2, § 15, pro empt.*)

..... Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu : quia juris error nulli prodest. (*Paul. L. 2, § 15, pro empt.*)

Quid si la tradition a eu lieu comme accomplissement de l'obligation résultant depuis Justinien du pacte de donation (2) ?

3°. La tradition a eu lieu comme accomplissement d'un obligation conditionnelle.

Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione usu non capit. Idemque est, et si putet conditionem extitisse, quæ nondum exstitit (3) : similis est enim ei qui putat se emisse. (*Paul. L. 2, § 2, pro empt.*)

moment de la tradition on a pris *Dama* pour *Stichus*, c'est alors à un autre principe qu'on devra la rapporter, ainsi que nous le verrons ci-après, p. 335.

(1) En plaçant ici ce texte et le suivant, nous supposons que la tradition, faite en vertu de la vente consentie par l'incapable, a pour auteur une personne capable, sans qu'on puisse cependant voir dans la tradition une ratification de la vente, car sans cela, il n'y aurait plus de question. — Nous nous occuperons plus loin du cas où celui qui livre est incapable d'aliéner.

(2) Justinien a assimilé ce pacte à la vente; mais pour savoir si, sous le rapport de l'Usucapion, il faut lui appliquer la règle particulière dont la vente paraît avoir été l'objet, nous aurions besoin de connaître les motifs de cette règle.

(3) En reconnaissant que la tradition a été faite en vertu d'une obligation dont la condition n'était pas encore arrivée, le possesseur ne pour-

Quid si elle a eu lieu en vertu d'une convention qui, en obligeant l'une des parties, soit à transférer à l'autre la propriété, soit à la faire jouir comme propriétaire, imposait à celle-ci l'obligation de restituer la chose si tel événement arrivait?

Si in diem addictio facta sit (id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit) perfectam esse emptionem, et fructus emptoris effici, et usucapionem procedere, Julianus putabat : alii, et hanc sub conditione esse contractam (1); ille non contrahi, sed resolvi dicebat : quæ sententia vera est. (Paul. L. 2, § 4, pro empt.)

4°. La chose n'a point été livrée comme exécution d'une obligation, mais comme prix de la renonciation, faite par celui qui a reçu, soit à un droit reconnu, soit à des prétentions qu'il avait élevées contre l'auteur de la tradition.

aa. Datio in solutum.

Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit : et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum, hoc titulo usucapi potest. (Hermog. L. 46, de usurp. et usuc.)

bb. Noxæ deditio.

Vel ex causa noxæ deditiois : sive vera causa sit, sive falsa. (Ulp. L. 5, de publiciana (2).)

rait-il pas dire : J'ai dû croire que vous renonciez au bénéfice de la condition.

— Mais c'est surtout lorsque le possesseur prouve avoir eu juste sujet de croire que la condition était accomplie, qu'il est étonnant que Paul ne l'admette pas à usucaper. Ce jurisconsulte n'a sans doute eu en vue que le cas de vente, et cette loi rentre dans le système inexplicable dont la vente paraît avoir été l'objet.

(1) Auquel cas l'Usucapion ne courrait pas du moment de la tradition. V. ci-après, p. 345.

(2) Ce texte ne se rapporte expressément qu'à l'action publicienne, mais il paraît résulter des termes mêmes de l'Édit que les conditions de cette action et celles de l'Usucapion étaient en général les mêmes. (Voyez LL. 1 et 7, § 2, de publ.)

cc. Datio transigendi causa.

Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis, usucapere possunt. (*Philip. L. 8, C. de usuc. pro empt. Cf. L. 29, de usurp. et usuc.*)

Quid du cas où, ayant manifesté l'intention de revendiquer une chose, elle m'a été délaissée par celui qui l'avait en sa puissance?

Si mihi Titius, a quo fuadum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habebō. (*Julian. L. 33, § 3, de usurp. et usuc.*)

Il faut sans doute entendre ici par *petere*, revendiquer. *V. ci-dessus*, p. 325, la fin de ce texte.

5°. La chose a été livrée dans l'intention d'en transférer la propriété, mais à charge par l'autre partie de faire ou de donner quelque chose.

aa. Dot.

Titulus est usucapionis, et quidem justissimus, qui appellatur *pro dote* : ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solemni quo solent qui pro emptore usucapiunt. (*Ulp. L. 1, pp. pro dote.*)

Duæ filiæ intestato patri hæredes extiterunt, et mancipia communia singulæ in dotem dederunt, et post aliquot annos (a) morte patris, familiæ eriscundæ judicium inter eas dictatum est. Quæsitum est, cum mariti bona fide mancipia in dotem accepta ut dotalia, multis annis possederunt, an usucepisse videantur, si qui accipiebant, dantis credidissent esse? Respondit, nihil proponi, cur non usucepissent. (*Scæv. L. 3, pro dote.*)

..... Est quæstio vulgata, an sponsus (hoc est, qui nondum maritus est) possit rem pro dote usucapere? — Et Julianus inquit : si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante ejus fieri vellet, quam nuptiæ secutæ sint, usus quoque capio cessabit. Si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi, Julianus ait. ut

statim res ejus fiant : et si alienæ sint, usucapi possint. Quæ sententia mihi probabilis videtur. Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo. (*Ulp. L. 1, § 2, pro dot.*)

..... si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit (1) : quæ sententia habet rationem. (*Ulp. L. 1, § 4, pro dot.*)

Ancilla quæ nupsit, dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciat se ancillam esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere : eaque nihilominus mansit ejus cujus fuerat, antequam eo nomine viro traderetur : nisi forte usucapta est. Nec posteaquam apud eundem virum libera facta est, ejus pecuniæ causam mutare potuit. Itaque, nec facto quidem divortio, aut dotis jure, aut per conditionem repetere recte potest : sed is cujus pecunia est recte vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, propius est ut existimem eum lucrifecisse : utique si antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit antequam ea dos fieret, ita ut nec possideat eam, nec dolo fecerit quominus eam possideret. (*Procul. L. 67, de jure dot.*)

bb. *Contrats do ut des ou do ut facias.*

..... Si, ut servum meum manumitterem, alius mihi furtivam ancillam, dederit eaque apud me conceperit et pe-

(1) Quoiqu'en rapportant ce texte au cas où la chose donnée en dot appartenait à un tiers, on puisse justifier sa décision en disant que l'erreur de celui qui se croit marié n'est pas en général excusable, parce qu'elle s'applique à un fait personnel, j'hésite cependant à croire que le jurisconsulte ait eu véritablement ce cas en vue ; je croirais plutôt qu'il ne s'est occupé que de la question de savoir si le mari peut usucaper contre sa femme, comme dans le § précédent de la L., *pro dot.*, où les mots *si cesset matrimonium, cessare usucapionem*, me paraissent indiquer qu'il n'a envisagé la question que par rapport à l'Usucapion qui a pour objet de transformer le domaine *bonitaire* en domaine *quiritaire*.

pererit, usu me non capturum (1). Idemque fore etiam si quis eam ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset; etiam, si donasset. (*Paul. L. 4, § 17 de usurp.*)

cc. *Dation faite par un esclave à son maître pour obtenir son affranchissement.*

Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum ejus, quasi emptor (2), usucapere. (*Julian. L. 9, pro empt.*)

Servus domino ancillam, quam subripuerat, pro capite suo dedit : ea concepit. Quæsitum est, an dominus eum partum usucapere possit ? Respondit : hic dominus quasi emptor partum usucapere potest : namque res ei abest pro hac muliere, et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est. (*Julian. L. 10, pro empt.*)

6°. *La chose a été livrée, à titre de donation, sans obligation préalable, mais cependant dans l'intention d'en transférer la propriété.*

Sive fuerit dominus qui tibi loca de quibus supplicasti,

(1) Quoique ce texte décide que dans l'espèce l'Usucapion n'aura pas lieu, nous le citons pour prouver que les contrats *do ut facias* peuvent servir de fondement à l'Usucapion; car il est évident que le jurisconsulte eût admis l'Usucapion, s'il n'eût pas été question d'une esclave volée. Au reste, en décidant que le part même ne peut être usucapé quoique conçu chez le possesseur de bonne foi, Paul se met en contradiction avec plusieurs autres jurisconsultes romains. (*V. ci-après les LL. 9 et 10, pro empt. et p. 346, la L. 44, § 2, de usurp.*)

(2) Il est évident que le mot *partum* est sous-entendu. Cependant nous ne citons pas ici ce texte et le suivant, pour ce qu'ils décident à l'égard du part, car on a vu plus haut que, dans ce cas, le fondement de la possession paraît être, non pas seulement la *tradition* de la chose productive, mais, en outre, le fait de la *séparation* du produit (sauf ce que nous dirons ci-après, pag. 345 et 346); nous les citons seulement à cause de l'argument qu'ils fournissent pour établir que la mère elle-même, si elle n'était pas furtive, s'usucaperait, *quasi ex empto*, en vertu du contrat *do ut des*.

donavit; sive a non domino bona fide donata suscepisti. eaque usucepisti : auferri tibi quod jure quæsitum est. non potest. (*Alexand. L. 1, C. de usuc. pro don.*)

Si pater filio quem in potestate habet donet, deinde decedat : filius pro donato non capiet usu : quoniam nulla donatio fuit. (*Paul. L. 1, § 1, pro donato.*)

b. *Celui qui a livré n'étant pas capable d'aliéner.*

1°. *Du cas où la chose appartenait à celui qui l'a livrée.*

(aa) *Incapacité absolue :*

Eum qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit. Sed si, locupletior emptoris pecunia factus, post pubertatem occasionem juris ad iniquum trahat compendium, doli mali submovetur exceptione. (*Philip. L. 9, C. de usuc. pro empt.*)

(bb) *Incapacité relative :*

V. ci-dessus, pag. 303, les LL. 24, de don. inter. vir. et ux., et 1, § 2, pro don. V. aussi ci-après, p. 358, la L. 44, de don. int. vir. et ux.

2°. *Du cas où la chose appartenait à un tiers.*

V. ci-dessus, p. 321, les § 15 et 16 de la L. 15, pro emptore, et la fin de la note de la p. 317.

Si vir uxori, vel uxor viro donaverit : si aliena res donata fuerit, verum est quod Trebatius putabat : si pauperior is, qui donasset, non fieret (1), usucapionem possidenti procedere. (*Pomp. L. 3, pro don. Cf. L. 1, § 4, de adq. poss.*)

(1) Mais, si le donateur était possesseur de bonne foi, ne s'appauvrit-il pas et n'enrichit-il pas son conjoint par cela seul qu'il lui transporte la chance d'usucaper? Je ne conçois pas cette décision; ou bien l'époux donataire sait que la chose est à autrui, et alors il est de mauvaise foi; ou bien il croit qu'elle est à son conjoint, et alors il doit penser que la tradition ne l'a pas rendu propriétaire. (V. L. 46, de don. int. vir. et ux.)

..... si, constante matrimonio, res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem ejus uxorem admitti : quia etsi non mortis causa donaretur ei, non impediretur usucapio. Nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit : itaque licet (non) mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est, in ea re quæ, quia aliena est, usucapi potest. (*Tercnt. Clem. L. 25, de don. inter vir. et ux.*)

c. Celui qui a livré n'ayant pas eu l'intention de transférer au possesseur la propriété de la chose livrée (1) :

1°. L'Usucapion étant invoquée contre l'auteur même de la tradition, propriétaire de la chose livrée (2)?

(1) Je crois qu'on peut d'abord poser ici en principe que celui qui possède doit-être cru jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il affirme que la chose lui a été livrée avec intention de le rendre propriétaire. — Celui qui a livré prouve-t-il qu'il n'a pas eu cette intention? Il s'élèvera alors la question de savoir si le possesseur, justifiant d'un juste sujet d'erreur, mérite la préférence sur le propriétaire, et si l'on ira jusqu'à le réputer propriétaire du jour de la tradition, ou si on le considérera seulement comme ayant été mis en position d'usucaper. Nous avons déjà fait remarquer que, dans le cas où celui qui a livré a bien eu la volonté de transférer la propriété, mais seulement par l'effet de la croyance erronée d'une obligation, on décide que la chose est immédiatement acquise à celui qui a reçu ; de sorte qu'il n'y a pas lieu alors à Usucapion. — Je ne sais jusqu'à quel point pareille décision est applicable aux autres erreurs qui peuvent se trouver dans la tradition.

(2) En supposant qu'on accordât à celui qui a reçu de bonne foi, non la propriété immédiate, mais seulement l'avantage de l'Usucapion, il est évident qu'il faudrait excepter le cas où celui qui a livré était incapable d'aliéner : en effet pourquoi sa négligence lui serait-elle plus préjudiciable que sa volonté ne peut l'être? — Mais, je pense que, dans cette hypothèse, les jurisconsultes romains n'ont pas cru devoir préférer celui qui a reçu à celui qui a livré, soit en considérant la tradition comme valable, soit en l'admettant au moins comme base de l'Usucapion.

2°. L'Usucapion étant invoquée contre un tiers propriétaire de la chose (1)?

(aa) Si la chose dont il s'agit s'est trouvée unie ou confondue avec d'autres choses qu'on a livrées avec l'intention d'en transférer la propriété.

Ejus bona emisti, apud quem mancipia deposita erant; Trebatius ait, usu (te) non capturum (2) : quia empti non sint. (*Paul. L. 2, § 7, pro empt.*)

Sed si fundus emptus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi : quoniam universitas ejus possideatur, non singulæ partes. (*Paul. L. 2, § 6, pro empt.*)

(bb) Si la chose possédée a été livrée par mégarde à la place d'une autre dont on avait l'intention de transférer la propriété.

Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus ait, usu me eum non capturum : quia id, quod emptum non sit, pro emptore (5) usucapi non potest. (*Paul. L. 2, § 6, pro empt.*)

(1) Il ne s'agit plus ici de balancer la faveur que mérite celui qui a livré avec celle que peut mériter l'individu qui a reçu : le premier est ici hors de cause, ou plutôt son intérêt se confond avec celui de l'individu qui a reçu ; cela posé, je ne vois pas pourquoi la bonne foi de ce dernier, jointe à la négligence du propriétaire ne servirait pas de base à l'Usucapion.

(2) Quel est le motif de cette décision ? est-ce parce que l'acheteur doit s'imputer de ne pas avoir su ce qui était compris dans le marché qu'il a fait ? — Mais si le vendeur a vendu un fonds avec tous les esclaves qui s'y trouvent, ignorant (car sans cela il y aurait *vol*) qu'une partie de ces esclaves sont à autrui, que pourra-t-on reprocher à l'acheteur ?

(3) Le jurisconsulte ne semble pas repousser absolument l'Usucapion, mais seulement l'Usucapion *pro emptore*. Si l'acheteur ne connaissait pas Stichus, il a dû croire que la tradition l'avait rendu propriétaire de la chose livrée, et c'est ce qui fût arrivé en effet si cette chose eût appartenu à l'auteur de la tradition ; il doit donc usucaper, si cette chose appartient à un tiers. — Remarquez que la suite de cette loi prouve qu'on n'a pas entendu parler du cas où l'on voudrait usucaper contre celui qui a livré.

(cc) Quid si, la chose ayant été livrée à un esclave ou à un mandataire à titre de prêt ou autre titre semblable, le maître ou mandataire s'est mis en possession croyant que la chose avait été achetée conformément à ses ordres?

V. ci-après la fin de la L. 11, *pro empt.*

(dd) Quid si celui qui a livré a pris celui qui a reçu pour une autre personne à laquelle il entendait transférer la propriété?

V. ci-après, p. 337, la L. 4, *pro legat. in fine.*

d. Il n'y a pas même eu tradition de la part du précédent possesseur.

..... si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse ut usucapio sequatur (1). (*Afric. L. 11, pro empt.*)

IV. Le possesseur invoquant comme source de son droit le simple Consentement.

(a) Vente ou donation d'une chose à une personne qui la possédait déjà.

V. ci-dessus, p. 312, la L. 3, § 20, *de adq. poss.*

(b) Litis æstimatio.

Possessor qui litis æstimationem obtulit, pro emptore incipit possidere. (*Gaius, L. 1, pro empt.*)

Litis æstimatio similis est emptioni. (*Ulp. L. 3, pro empt. Cf. L. 2, § 2, pro empt.*)

V. ci-dessus, p. 316, L. 27, *de usurp. et usuc.*

(1) Le jurisconsulte n'explique pas comment l'esclave est devenu possesseur de la chose ; il faut au moins supposer qu'il n'y a pas eu *vol* de sa part (ni au moment où il a appréhendé la chose, ni au moment où il l'a livrée à son maître), sans cela, la chose serait soustraite à l'Usucapion tant que le vice de vol ne serait pas purgé. Il n'y a pas de difficulté s'il s'agit d'un immeuble. (V. *ausurplus* ci-après, p. 344, la L. 2, § 12, *pro empt.*)

(c) Quid si je me suis mis en possession d'une chose qui m'était due. sans qu'elle m'ait été livrée par le débiteur?

Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, prædo es : æque si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides. sed prædo es (1). (*Paul. L. 5. de adq. vel amitt. poss.*)

V. Le possesseur invoquant comme source du droit qu'il s'attribue un Legs qui n'a pas été et n'avait pas besoin d'être suivi de tradition.

PR.

Si non traditam possessionem ingreditur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit. (*Papin. L. 8, pro legato. Cf. L. 1, § 2, de publ. in rem.*)

Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is cum quo testamenti factio est : quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur. (*Javol. L. 7, pro legato.*)

(a) Le legs a véritablement eu lieu, mais la chose n'appartenait pas au testateur.

Pro legato potest usucapi si res aliena legata sit..... (*Paul. L. 4, pro legato.*)

(b) Il n'y a pas eu véritablement Legs : il y a eu cependant testament, mais, 1°, contenant une nullité que le possesseur a pu ignorer, ou bien 2°, révoqué par codicille, au moins quant au Legs dont il s'agit, ou bien 3°, ayant pu, par insuffisance de désignation, induire le possesseur à se croire légataire, tandis que c'était un autre individu du même nom.

(1) Le possesseur a dû savoir qu'en vertu d'une obligation de transférer la propriété ou de livrer, il ne pouvait devenir propriétaire que par la tradition; il est donc de mauvaise foi.

Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam. (*Paul. L. 2, pro legato. Cf. Ulp. L. 1, eod.*) — Non magis quam si quis emptum existimet quod non emerit. (*Papin. L. 5, pro legato.*)

Pro legato usucapit cui recte legatum relictum est; sed etsi *non jure* legatum relinquatur, vel legatum ademptum est, pro legato usucapi post magnas varietates (1) obtinuit. (*Hermog. L. 9, pro legato.*)

Quid si la chose appartenait à celui dont le possesseur croit être le légataire?

Pro legato potest usucapi, si res..... testatoris quidem sit (2), sed adempta codicillis ignoratur. In horum enim persona subest causa, quæ sufficit ad usucapionem. — Idem potest dici, et si *in nomine* erit dubitatio : veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit. (*Paul. L. 4, pro legato.*)

VI. Le possesseur invoquant comme source de son droit un Acte du magistrat ou du juge.

(a) Adjudicatio.

Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum. (*Marcel. L. 17, de usurp. et usuc. Cf. L. 7, de public. in rem.*)

(1) Voyez ci-dessus, p. 325, la L. 4, § 2, *pro sua*. — Hermogénien a-t-il eu en vue le cas où l'Usucapion serait invoquée contre l'héritier, comme celui où la chose appartiendrait à un tiers?

(2) Voilà le premier texte où nous trouvons l'*Usucapion ordinaire* admise en termes bien formels contre la personne même, ou contre l'héritier de la personne, de qui le possesseur croit tenir son droit. — Il faut sans doute supposer que le Legs dont on parle n'exigeait pas la tradition, car, sans cela, la propriété serait acquise immédiatement par la tradition.

b) Auctio.

Tutor ex pupilli auctione, rem quam ejus putabat esse, emit : Servius ait, posse eum usucapere : in cujus opinione decursum est, eo quod deterior causa pupilli non sit, si propius habeat emptorem ; et, si minoris emerit, tutelæ judicio tenebitur, ac si alii minoris addixisset : idque et a divo Trajano constitutum dicitur. (*Paul. L. 2, § 8, pro empt.*)

(c) Ductio Prætoris jussu.

Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu prætoris duxero, et amisero possessionem, competit mihi Publiciana (1). (*Paul. L. 6, de public. in rem act.*)

V. ci-dessus la note 2 de la page 329

(d) Missio in possessionem ex secundo decreto.

V. ci-dessus, p. 305, la L. 15, § 16, *de damn. infect.*, et ci-après, p. 354, la note 2.

Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominum cepit..... (*Afric. L. 44, § 1, de damn. infect.*)

(1) Cette loi ne parle pas explicitement de l'*Usucapion*, mais il résulte de la L. 7, § 17, *de publ.* que l'*action publicienne* et l'*Usucapion* sont intimement liées l'une à l'autre.

(2) Il résulte bien clairement des § 35, 24, et 25 de la L. 15, *de damn. infect.* et de la L. 16 au même titre, que par le second décret, la propriété était acquise à l'envoyé en possession à l'égard de tous ceux qui avaient été mis en demeure de donner la *cautio damni infecti*, et que l'*Usucapion* dont parle le § 16 de la même loi 15, était celle qui transformait le domaine bonitaire en domaine quiritaire. — Je n'ai trouvé aucun texte où les anciens jurisconsultes, prévoyant le cas où celui contre qui la procédure a été dirigée, n'était pas le véritable propriétaire, déclarassent que l'*Usucapion* ordinaire pourrait mettre le possesseur à l'abri de la réven-

(e) *Quid de la Chose jugée?*

..... Item si res ex causa judicati (1) sit tradita. (*Ulp. L. 3, § 1, de publ. in rem. act.*)

(f) *Quid du Serment?*

Si petenti mihi rem, jusjurandum detuleris, egoque juravero rem meam esse, competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat : ei enim soli nocere debet iusjurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit rem petitoris non esse, adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem. (*Ulp. L. 7, § 7, de publ. in rem. act.*)

dication. Cependant il y a tout lieu de croire qu'à partir du second décret, le possesseur pouvait usucaper, non-seulement à l'effet de transformer le domaine bonitaire en domaine quiritaire, dans l'hypothèse où c'est le véritable propriétaire qui a été mis en demeure ; mais aussi à l'effet d'acquiescer en même temps l'*in bonis* et le *jus Quiritum*, dans l'hypothèse où l'on a pris pour propriétaire un individu qui ne l'était pas. — Au reste, la L. 15, § 16, dans le Droit Justinien, ne peut plus s'entendre que de l'Usucapion ordinaire, puisque la distinction du domaine quiritaire et du domaine bonitaire se trouvait abolie. — Nous devons faire observer que la *missio in possessionem damni infecti nomine*, invoquée comme base de l'Usucapion, peut faire naître quelques-unes des questions que nous avons indiquées en parlant de la *Perception des fruits* : en effet, de même que ce dernier événement, elle suppose dans le possesseur un droit antérieur, et ce droit est ordinairement le droit de propriété sur un fonds voisin. (*V. L. 18, § 5, et 12, et L. 13, § 5 de damn. infect. V. aussi L. 7, § 1, de usuf. et quem.*)

(1) Il ne s'agit encore, dans ce texte et dans le suivant, que de l'action publicienne, mais il faut appliquer ici l'observation que nous avons faite pag. 329 et 339. — Remarquez qu'il ne peut être question d'Usucapion à l'égard de celui contre qui le jugement a été prononcé ou le serment prêté.

VII. Le possesseur invoquant l'hérédité (1) comme source de son droit.

Constat eum qui testamenti factionem habet, pro hærede (2) usucapere posse. (Paul. L. 4. pro hærede, Cf. L. 4. § 4. de usurp.)

a) La chose appartenant à celui à qui le possesseur prétend avoir succédé (3), mais cette prétention étant mal fondée, attendu que :

1° le possesseur est incapable de succéder (4).

Argument de la L. 4. pro hæred. citée ci-dessus, et voyez en outre p. 557, la L. 7. pro legat. et p. 562 la, L. 4, § 4. de usurp.

(1) Les règles qui concernent l'Hérédité proprement dite sont, en général, applicables à la *Bonorum possessio* ou Hérédité prétorienne (V. L. 11, de petit. hered.); quelques-unes des décisions que nous allons rapporter pourraient même s'appliquer à toute manière d'acquérir *per universitatem* (Voy. cependant L. 8, C. de præsc. long. temp.)

(2) Nous commencerons par faire observer que le Droit romain, en permettant d'usucaper sans bonne foi et par une seule année les choses héréditaires dont le véritable héritier n'avait point pris possession (v. ci-après, p. 562), avait beaucoup restreint le nombre des cas où l'hérédité pouvait être invoquée comme base de l'Usucapion ordinaire. Quelques personnes ont été jusqu'à prétendre que l'hérédité ne pouvait jamais être le point de départ de l'Usucapion ordinaire; qu'elle autorisait seulement le possesseur actuel à joindre à la possession celle de son auteur, et qu'à cette fin, la croyance qu'on est héritier jointe à la possession ne pouvait jamais tenir lieu de l'hérédité même. La L. 4, pro hæred., ne serait point un obstacle à l'admission de cette opinion, car elle peut très-bien s'entendre de l'Usucapion *lucrative*. Mais il me semble impossible de ne pas reconnaître qu'il s'agit de l'Usucapion ordinaire dans les L. 53, § 1, de usurp., et L. 5, pro hæred., et que l'hérédité y est admise comme base de cette usucapion.

(3) Nous prenons ici le mot *succéder* dans le sens de recueillir une hérédité, soit civile, soit prétorienne.

(4) L'erreur de celui qui croirait être capable de succéder, tandis que la loi lui refuse cette capacité, doit être considérée, ou bien comme une erreur de Droit qui ne peut être excusée; ou bien comme une erreur sur la propre condition du possesseur qui ne peut non plus lui

2° le propriétaire à qui le possesseur croit avoir succédé est encore vivant,

Opinione falsa mortis pro hærede possessio rerum absentis procedere non potest (1). (*Diocl. et Max. L. 3, C. de usuc. pro. hæ. Cf. L. 1, pro hæred.*)

3° Ce n'est point le possesseur qui est appelé à l'hérédité.

..... Si quis emerit fundum sciens ab eo cujus non erat, possidebit pro possessore : sed..... si justam causam habuerit existimandi se hæredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro hærede possidebit : nec causam possessionis sibi mutare videbitur..... (*Julian. L. 33, § 1, de usurp. et usuc.*)

Cum solus hæres essem, existimarem autem te quoque pro parte hæredem esse, *res hæreditarias* pro parte tibi tradidi (2), propius est ut usu eas capere non possis : (nec) *pro hærede* usucapi potest quod ab hærede possessum est (3), neque aliam ullam habes causam possidendi. — Ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. — Idem dicimus, si tu quoque existimes te hæredem esse, nam hic quoque possessio veri hæredis obstabit tibi (4). (*Pomp. L. 29, de usurp.*)

conférer des droits que la loi lui refuse. — Au reste, lorsque la capacité d'être institué héritier est refusée, celle d'usucaper ne l'est-elle pas également ?

(1) Il me paraît évident que cette loi concerne le cas où le possesseur veut usucaper les choses appartenant à celui dont il est ou croit être héritier. Mais s'agit-il de l'Usucapion ordinaire ?

(2) N'est-ce pas là une sorte d'*indebiti solutio* ? Pourquoi celui qui a reçu ne devient-il pas propriétaire par la *Tradition* ?

(3) Il évident que le jurisconsulte n'a eu vue jusqu'ici que l'*Usucapion lucrative*.

(4) Comment concilier ce texte avec celui qui précède ? Peut-être le possesseur prétendait-il avoir usucapé *par un an*, comme dans le cas de l'Usucapion lucrative ?

Hæreditatem quidem petentibus longi temporis præscriptio nocere non potest; (1) verum his qui, nec pro hærede, nec pro possessore, sed pro empto, vel donato, seu alio titulo, res quæ ex hæreditate sunt vel fuerunt, possident, cum ab his successio vindicari non possit, nihil hæc juris definitio nocet. (*Diocl. et Max. L. 4, C. in quib. causis cess. præsc., Cf. L. 7, C. de her. pet. et L. 4, C. de præsc. long. temp.*)

(b) *La chose n'appartenant pas à celui dont le possesseur est véritablement héritier* (2).

Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere. (*Pompon. L. 3, pro hær. Obst. vid. L. 1 et 4, C. prohær* (3).)

(1) Dans cette loi, comme dans la L. 7, *de hær. petit.*, c'est de la prescription de long-temps et non de l'Usucapion que l'on dit qu'elle n'exclut pas la pétition d'hérédité; mais comment croire qu'on eût refusé la Prescription alors que l'Usucapion bien plus rapide eût été accordée? Il paraît donc certain que celle-ci avait cessé d'avoir lieu; mais à quelle époque et par quel motif? c'est ce que nous ignorons tout-à-fait. Peut-être aura-t-on pensé que l'abolition de l'Usucapion *lucrative* des choses héréditaires entraînait l'abolition de toute usucapion *pro hærede*? La L. 7, *C. de petit. hæred.*, induirait à croire que de nouvelles idées sur la distinction des actions *in rem* et *in personam* n'ont pas été étrangères à ce changement.

(2) Il y a à distinguer ici le cas où le défunt possédait la chose au moment de son décès, du cas où elle a été mise depuis parmi les choses héréditaires; il y a lieu de croire que la L. 3 ci-après s'applique à ce dernier cas. Quant au premier, *V.* ci-après, pp. 344, 350 et 354, ce que nous dirons de l'*accession* qui a lieu nécessairement entre la possession de l'héritier et celle de son auteur.

(3) Si la L. 1 concerne l'*Usucapion ordinaire*, on pourrait peut-être la concilier avec le texte de Pomponius, en supposant que dans l'espèce de cette loi la mère de l'individu à qui est adressé le rescrit, avait une possession *vicieuse*, c'est-à-dire excluant l'Usucapion. — Ne peut-on pas aussi, en la rapportant à l'Usucapion *lucrative* ou *sans bonne foi*, l'interpréter, ainsi que la L. 4, dans ce sens que l'on ne peut acquérir par cette Usucapion que ce qui appartenait véritablement à celui dont la succession est ouverte.

C. Dans quel moment la bonne foi (c'est-à-dire la croyance du possesseur qu'il est arrivé en sa faveur une manière d'acquérir le droit de propriété) doit-elle exister ?

..... Cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit ? (Marc. L. 44, § 4, de usurp. et usuc.)

Quid dans le cas où la possession actuelle n'est qu'une continuation de celle qu'avait au moment de son décès l'individu à qui le possesseur a succédé ?

Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, et hæredi et bonorum possessori continuatur, licet et ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. — Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit (1), ut tempora continuentur. (Instit. § 12, de usucap.)

Quid dans le cas de possession médiate, par exemple, lorsqu'un maître possède la chose par suite de la possession que son esclave avait acquise ?

V. p. 320, la L. 5, § 1, in fine, pro suo, et p. 336, la L. 11, in fine, pro empt. — V. aussi, p. 313, L. 49, § 2, de adq. poss.

Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam, alienam processuram usucapionem Celsus ait : initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si eo (ipso) tempore quo emit, quanquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non caputurum. (Paul. L. 2, § 13, pro empt.)

... si servus mala fide (rem) possideat, eamque dominus

(1) V. ci-après, p. 350, la note 2.

nactus sit, ut suo nomine possideat. adempto puta peculio (1) : dicendum est ut eadem causa sit possessionis : et ideo usucapio ei non magis procedat. (*Paul. L. 2, § 12, pro empt. Cf. idem. L. 4, § 16, de usurp.*)

Quid si au moment de l'événement le possesseur n'était pas capable d'usucaper ?

V. ci-dessus, p. 304, la L. 1, § 2. *pro donat.*

Quid dans le cas où la possession est acquise par un esclave héréditaire avant l'adition d'hérédité ?

V. ci-dessus, pp. 313 et 315, les LL. 44, § 3, et 45, § 1. *de usurp.*

Quid si la chose n'était pas susceptible d'Usucapion au moment de l'événement que le possesseur invoque comme source de son droit ?

Interdum, etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit hæredi ejus (2), veluti si vitium, quod obsta-

(1) Il semblerait résulter des LL. 9 et 10, *pro empt.*, citées ci-dessus, p. 352, qu'il en serait autrement si la chose avait été donnée par l'esclave pour acheter sa liberté ; car, si ces lois décident que l'Usucapion n'a pas lieu, c'est parce que dans le cas dont elles s'occupent, la chose est supposée volée. Mais voy. ci-après, p. 347, la L. 4, § 16, *de usurp.*

(2) Ajoutez : en vertu d'un événement arrivé au défunt ou que l'héritier a juste sujet de croire lui être arrivé. Dans cette hypothèse, faut-il non-seulement que le défunt ait été de bonne foi au moment où il a pris possession de la chose, mais encore que l'héritier l'ait été également au moment où le vice a été purgé ? Ne suffirait-il pas que l'héritier fût de bonne foi ? — On serait tenté de croire que le jurisconsulte suppose que l'héritier est ici dans une position différente de celle de son auteur ; sans cela, pourquoi n'aurait-il pas établi simplement en principe général, que l'Usucapion qui n'a été empêchée que par le vice de la chose, commence à courir lorsque le vice est purgé. Néanmoins, je pense qu'il a voulu seulement montrer un cas où l'héritier usucape en vertu d'un événement arrivé à son auteur, sans que l'Usucapion ait été commencée par celui-ci.

bat, non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit : (*ex re :*) ut puta, si fisci res esse desierit, aut furtiva, aut vi possessa. (*Pompon. L. 24, § 1, de usurp. et usuc.*)

Quid si la Tradition, que le possesseur invoque comme source de son droit, a été, dans la pensée de l'une ou de l'autre des parties ou de toutes deux, la conséquence d'un événement antérieur?

V. ci-dessous le commencement de la L. 44, § 2, de usurp.

Si ex stipulatu vel ex testamento res debita nobis tradatur, ejus temporis existimationem nostram intuendam quo traditur : quia concessum est stipulari rem etiam quæ promissoris non sit. (*Paul. L. 15, § 3, de usurp. et usuc.*)

Si aliena res bona fide empta sit, quæritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectantium. (*Ulp. L. 10, pp. de usurp. et usuc. Cf. L. 48, de usurp. citée ci-dessus, p. 526.*)

Hæres ejus qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienam, si modo ipsi possessio tradita sit..... (*Marcian. L. 45, pp. de usurp.*)

Quid dans le cas de la Perception des fruits ou Séparation des produits, ou bien encore dans le cas d'une Tradition conditionnelle?

Etsi possessionis, non contractus initium, quo ad usucapionem pertinet, inspicere placet, non numquam tamen evenit, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus; veluti circa partum ejus mulieris quam bona fide cœpit possidere : non enim ideo minus capiatur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit (1); idem in servo postliminio reverso dictum

(1) Il ne s'agit pas dans cette loi du cas où la mère était furtive.

est. (*Marc. L. 44, § 2, de usurp. Cf. L. 48, § 2, de adq. rer. dom. citée ci-dessus, p. 300.*)

V. p. 328, 329, et 331, les LL. 2. § 2. et 4, *pro empt.*, et L. 1. § 2. *pro dot.*

Dans le cas de la Perception des fruits ou Séparation des produits, la bonne foi peut-elle être considérée au moment de l'acquisition de la chose productive, même lorsque cette chose est non susceptible d'Usucapion ?

..... Si servus meus ancillam quam subripuit pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum usucapere possim? Sabinus et Cassius non putant, quia possessio quam servus vitiose nactus est domino noceret; et hoc verum est (2). (*Paul. L. 4, § 16, de usurp. — Obst. vid. Julian. LL. 9 et 10, pro empt.*)

IV^e Condition : *Laps d'un certain temps durant lequel les circonstances indiquées aux Nos précédens se sont maintenues plus ou moins complètement, soit en faveur d'une seule personne, soit en faveur de plusieurs dont les possessions successives peuvent être considérées comme une seule et même possession.*

A. *Quel est le temps exigé pour l'Usucapion ?*

.... *mobilium quidem rerum anno completur Usucapio. fundi vero et ædium, biennio : et ita lege XII Tabularum cautum est. (Gaius, 2 Com. 42.)*

Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam

(2) Comment peut-on concilier ce texte (qui est au surplus d'accord avec le § 17, cité ci-dessus, p. 552), avec la L. 44, qui précède, et avec les LL. 9 et 10, *pro empt.*, citées à la même page 552 ?

em suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est. (1) (*Gaius*, 2 *Com.* 44.)

A partir de quel moment le temps de l'Usucapion commence-t-il à courir ?

Il résulte des termes dans lesquels nous avons énoncé la IV^e Condition de l'Usucapion que ce ne peut être en général que du moment où toutes les autres Conditions se trouvent réunies. En conséquence, il pourra arriver que l'Usucapion ne commence que plus ou moins long-temps après la prise de possession : par exemple :

1^o. dans le cas où la chose avait au moment de la prise de possession un vice qui a été purgé depuis :

V. ci-dessus, p. 345, la L. 24, § 1, de usurp.

2^o. dans le cas où un événement vient autoriser celui qui possédait pour autrui ou de mauvaise foi (2), à posséder désormais pour soi-même, ou à croire qu'il est devenu propriétaire ;

V. ci-dessus, p. 342, les LL. 33. § 1, de usurp. et L. 29, de usurp.

3^o. Quid dans le cas où la chose appartenait au moment de la prise de possession à une personne contre laquelle l'Usucapion ne pouvait pas courir, au moins au profit de l'individu qui s'est mis en possession ?

V. L. 1. C. si quis ign. — V. aussi L. 1, § 1 et 2, pro don.

(1) Lorsqu'on lit les §§ 40 à 44 de *Gaius* (2 *Com.*), on est tenté de croire que si le délai de l'Usucapion est si court, c'est qu'on appliqua au cas où il s'agissait d'acquérir une chose reçue d'un non-propriétaire, un principe qui, dans l'origine, ne concernait que la transformation du droit appelé *in bonis* en domaine *quiritaire*? En effet, c'est en parlant de cette transformation que *Gaius* énonce la disposition de la Loi des XII Tables, et il passe ensuite à l'Usucapion ordinaire, en employant ces expressions : *Ceterum etiam receptum*, etc. Cependant j'ai peine à croire que les Romains n'aient pas connu l'Usucapion antérieurement à la distinction des deux sortes de domaines, et je crois qu'on peut expliquer la brièveté du délai par le peu d'étendue du territoire romain à l'époque de la Loi des XII Tables.

(2) Il s'agit ici de la mauvaise foi qui peut exister sans qu'il y ait vol ou rapt de la chose.

4°. Quid dans le cas où la possession clandestine vient à perdre son vice à l'égard du propriétaire?

V. p. 255, la L. 40, § 2, de adq. poss.

5°. Quid dans le cas où la prise de possession a eu lieu en vertu d'une Convention ou d'un Legs contenant expressément ou tacitement la clause que la propriété de la chose ne serait acquise au possesseur qu'après l'événement de telle condition?

V. p. 328, la L. 2, § 2, pro empt., et p. 351, la L. 1, § 2, pro dot.

6°. Quid dans le cas de prise de possession par un esclave héréditaire avant que l'hérédité fût acceptée?

V. p. 313, L. 45, § 1, et L. 44, § 5, de usurp.

7°. Quid dans le cas où l'on entend usucaper comme chose distincte ce qu'on a commencé à posséder comme partie intégrante d'une autre chose?

V. p. 321, la note sur la Perception ou Séparation, et p. 346, la L. 44, § 2, de usurp.

C. Comment se compte le temps requis pour l'Usucapion? Ce temps doit-il être continu (1)?

In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. (Ulp. L. 6, de usurp.)

Ideoque qui hora sexta diei kal. Januar. possidere coepit, hora sexta noctis pridie kal. Jan. implet usucapionem. (Ulp. L. 7, eod.)

In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usu-

(1) La question de savoir si le temps de l'Usucapion doit être continu, ou bien s'il peut se former de deux laps de temps séparés par un troisième pendant lequel l'Usucapion n'a pu courir, sera examinée ci après (F) par rapport à chacune des circonstances qui peuvent interrompre l'Usucapion.

cipio : nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. (*Venul. L. 15, de div. temp. præsc.*)

In usucapionibus mobilium continuum tempus requiritur. (*Paul. L. 31, § 1, de usurp. (1).*)

D. *Que faut-il entendre par ayant-cause et par auteurs en matière d'Usucapion? Quelles sont les personnes en qui peut se compléter une Usucapion commencée par autrui; ou, en d'autres termes, quelles sont les personnes dont la possession s'unit forcément ou facultativement à la possession précédente d'une autre personne?*

PR.

De accessionibus possessionum, nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola æquitate. (*Scævola. L. 14, pp. de div. temp. præsc.*)

Plane tribuuntur his qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate. (*Scævola. L. 14, § 1, de div. temp. præsc.*)

Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa, suisque vitiis. (*Ulp. L. 13, § 1, de adq. vel amitt. poss.*)

(a) *Des héritiers ou autres successeurs per universitatem.*

Hæredibus enim, et his qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris (2). (*Id. ibid.*)

Voyez ci-dessus, pag. 344, le § 12, Inst., de usuc.

(1) *V.*, ci-après, p. 357, la note 1.

(2) Il résulte bien clairement de ce texte, que déjà avant Justinien l'héritier continuait la possession de son auteur, ce qui s'explique parfaitement d'ailleurs par l'identité de personne que l'on suppose entre eux. Cependant, dans le passage des Institutes, que nous avons cité page 344, Justinien semble dire que c'est lui qui a appliqué le premier à l'Usucapion cette règle qui auparavant n'était relative qu'à la Prescription prétorienne.

b) *Des successeurs particuliers (rei singularis).*

Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divi Severus et Antoninus rescripserunt (1). (*Inst.* § 13, *de usuc.*)

Emptori tempus venditoris ad usucapionem procedit. (*Paul. L. 2, § 20, pro emp.*)

Præterea quæritur, si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus? Et sunt qui putent non posse : quia venditionis est resolutio, redhibitio. Alii, emptorem venditoris accessione usurum, et venditorem emptoris : quod magis probandum puto. (*Ulp. L. 13, § 2, de adq. vel amitt. poss.*)

Accessio possessionis fit, non solum temporis quod apud eum fuit unde is emit, sed et qui ei vendidit unde tu eum emisti. (*Venul. L. 15, § 1, de usuc. et usurp.*)

Sed et is cui res donata est, accessione utetur ex persona ejus qui donavit. (*Ulp. L. 13, § 11, de adq. vel amitt. poss.*)

In dote quoque, si data res fuerit, vel ex dote recepta,

(1) De nombreuses difficultés se sont élevées sur l'époque précise où s'est établie la théorie de l'accession de possession en faveur du successeur à titre singulier. On a prétendu que la constitution de Sévère ne se rapportait qu'à la *Prescription prétorienne*, et que c'était Justinien qui l'avait étendue à l'*Usucapion* ; mais Théophile, qui est probablement l'un des rédacteurs des *Institutes*, entend positivement, dans son Commentaire, la constitution de Sévère comme se référant à l'*Usucapion* ; du reste, le texte de Paul (*L. 2, § 20, pro empt.*) est concluant en faveur de cette opinion, à moins qu'on n'y suppose une altération que rien ne rend vraisemblable (savoir, la suppression de la particule *non*). — Ce texte nous permet de rapporter à l'*Usucapion* les autres textes relatifs à l'accession de possession, quoiqu'il n'y soit pas explicitement question d'*Usucapion*. — Nous devons convenir qu'on pourrait d'ailleurs expliquer ces textes autrement, savoir, en les rapportant à l'interdit *utrubi*.

accessio dabitur, vel marito, vel uxori. (Ulp. L. 15, § 6, de adq. vel amitt. poss.)

Sed et legatario dandam accessionem ejus temporis quo fuit apud testatorem, sciendum est. — An hæredis possessio ei accedat, videamus? Et puto, sive pure, sive sub conditione fuerit relictum, dicendum esse, id temporis quo hæres possedit ante existentem conditionem vel restitutionem rei, legatario proficere. — Testatoris autem semper proderit legatario, si legatum vere fuit, vel fideicommissum. (Ulp. L. 15, § 10, de adq. vel amitt. poss.)

Peut-on considérer 1° le débiteur comme ayant-cause du créancier gagiste qui lui restitue la chose donnée en gage, et 2° celui qui a donné à précaire comme ayant-cause de celui qui a reçu la chose à ce titre (1)?

V. ci-dessus, p. 273, la L. 16, de usurp. et usuc. (2).

(1) Je crois que ce qui produit l'obscurité des lois où l'on parle, à propos de l'Usucapion, soit du gage, soit du précaire, ainsi que les contradictions qui paraissent exister entre les décisions que ces lois renferment, c'est qu'il y a eu, en Droit romain, deux sortes de gages et deux sortes de précaires. — Ou bien, le gage se constituait par la Mancipation avec fiducie, ou bien il se constituait par simple Tradition; dans le premier cas, le créancier acquérait véritablement la propriété si le gage avait été donné par le propriétaire. — Le précaire se constituait-il aussi quelquefois par Mancipation? cela me paraît douteux, quoiqu'on ait fini par l'appliquer à des choses *mancipi*; mais, ce qui est indubitable, c'est que dans certains cas la personne qui avait acquis une chose à titre précaire, en acquérait la possession pleine et entière, tandis que, dans d'autres cas, elle n'acquérait qu'une simple détention comme le dépositaire ou commodataire.

(2) Ne faudrait-il pas lire dans cette loi : *adjici possit ejus possessio ei qui pignori dedit?* — Je serais tenté de croire qu'originellement le débiteur ne profitait de la possession du créancier que par *accession* (et ce, seulement lorsqu'en vertu de la *fiducia* la propriété lui était retransférée). Mais dans la suite, probablement après qu'on eut cessé de constituer le gage par Mancipation et fiducie, on considéra le créancier gagiste comme étant par rapport à l'Usucapion sur la même ligne qu'un dé-

Et si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis, tam adversus extraneum (1), quam adversus te ipsum (2), quamdiu pecuniam mihi non exsolveris; nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te obtinere debet. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur. (*Scævola. L. 14, § 3, de div. temp. præsc.*)

Si is qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus cui concessit, an possit. quæritur? Ego puto. eum qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse: si tamen receperit possessionem, rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis quo precario possidebatur. (*Ulp. L. 15, § 7, de adq. vel amitt. poss.*)

Quid si le créancier gagiste, à défaut du paiement, a procédé à l'expropriation du débiteur?

Item si mihi pignori dederis, et convenerit, nisi pecuniam solvisses, licere ex pacto pignus vendere, idque ven-

positaire ou un commodataire, je dis par rapport à l'Usucapion, car on lui laissa les interdits *possessoires*, dont le dépositaire et le commodataire étaient privés (voy. *L. 55, § 4 et 6, de usurp.*, *L. 56, de acq. vel amit. poss.*, et *L. 15, pp. de usurp.*); et dès-lors, il ne dut plus être question d'*accession* entre le créancier et le débiteur, car la possession (immédiate) du créancier était déjà la possession (médiante) du débiteur.

(1) Il paraît résulter de cette loi que le créancier gagiste peut, en défendant à l'action du propriétaire, opposer à celui-ci, non-seulement sa possession et celle qu'a eue son débiteur avant la dation en gage, mais encore celle de la personne de qui ce même débiteur tenait le gage.

(2) Qu'est-ce donc que cette possession opposée au débiteur lui-même par le créancier de son débiteur? Tend-elle à l'*Usucapion*? Peut-être Scævola, auteur de ce texte, ne s'occupait-il de l'*accession* que par rapport à l'interdit *utrubi*. En insérant cette décision dans le Digeste, les rédacteurs de ce Recueil ont sans doute eu l'intention de l'appliquer à l'*Usucapion*; mais je n'en vois pas la possibilité.

diderim, emptori accessio tui temporis dari debebit, licet invito te pignora distracta sint : jam enim illo in tempore quo contrahebas, videri te consensisse venditioni, si pecuniam non intulisses. (*Scævol. L. 14, § 5, de div. temp. præsc.*)

Peut-on considérer celui qui a obtenu la restitution d'une chose par sentence du juge comme successeur ou ayant-droit de son adversaire condamné?

Si jussu judicis res mihi restituta sit, (1) accessionem esse mihi dandam placuit. (*Ulp. L. 15, § 9, de adq. vel amitt. poss.*)

E. Sous quelles conditions l'accession s'opère-t-elle, soit facultativement, soit forcément?

(a) *Dans le cas de succession à titre universel.*

Cum hæres in jus omne defuncti succedat, ignorance sua defuncti vitia non excludit. (*Papin. L. 11, de div. temp. præsc.*)

Si mala fide servum tuum sciens Antiochus tenuit, intentionem tuam, contra successorem ejus, licet bona fide possidet (2), propter initii vitium, usucapio non absumpsit. (*Philip. L. 3, C. comm. de usuc.*)

(1) Il faut peut-être distinguer le cas où cette restitution forcée n'est que la mise à exécution d'une convention qui obligeait à rendre la chose, du cas où la partie condamnée n'était tenue que comme détenteur de la chose d'autrui. Dans cette dernière hypothèse, le jugement ne devrait-il pas être plutôt considéré comme annulant l'effet de l'interruption naturelle? Y aurait-il alors une différence à faire entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, pour justifier l'opinion de Pothier, qui réunit au § 9 de la L. 15 les mots *a prædone* qui, dans toutes les éditions du Digeste, sont à la fin du § 8?

(2) On suppose probablement ici que l'héritier d'Antiochus n'invoquait d'autre cause de sa possession que sa qualité d'héritier; s'il avait pris

Etiam hæredi ulteriori defuncti possessio prodest, quamvis medius hæres possessionem ejus nactus non sit. (*Paul. L. 2, § 18, pro emptore.*)

Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo (1) possessa est. (*Jav. L. 20, de usurp. et usuc.*)

Non autem ea tantum possessio testatoris procedit quæ morti fuit injuncta; verum ea quoque quæ unquam (2) testatoris fuerit. (*Ulp. L. 13, § 5, de adq. poss.*)

possession en vertu d'un autre événement que l'hérédité, la fiction d'unité de personne n'irait pas jusqu'à le faire considérer comme possesseur de mauvaise foi parce que son auteur l'était; mais il se pourrait que l'Usucapion se trouvât empêchée par une autre raison, savoir: parce que le défunt s'était présenté comme possédant pour autrui: en effet, le propriétaire n'a-t-il pas dû croire alors, que l'héritier continuait à posséder de cette manière? — La L. 5, § 1, de div. temp. præsc., ne fournirait-elle pas un argument pour établir que, en pareil cas, l'Usucapion pourrait avoir lieu si l'héritier possédait la chose à un autre titre que le titre de successeur *per universitatem*? — Ne faut-il pas au moins que le propriétaire ait appris que l'héritier ne possédait pas pour lui, c'est-à-dire qu'il y ait eu l'équivalent d'un *titre interverti*? Il est à remarquer que dans le cas même où celui qui avait commencé à posséder pour autrui ou qui a succédé à une personne qui possédait de cette manière, vient à posséder valablement *animo domini*, l'obligation qu'il avait contractée de rendre la chose doit rester malgré l'Usucapion, et que par conséquent si elle ne l'empêche pas, elle doit au moins en définitif la rendre inefficace.

(1) Il est évident que la pensée du jurisconsulte est que l'héritier ne pourrait pas rattacher sa possession à celle de son auteur, s'il y avait une interruption naturelle; mais il faut se rappeler que pour continuer à posséder un immeuble, il n'est pas nécessaire d'être toujours en contact avec lui par soi-même ou par un représentant. (Voyez les textes cités ci-dessus, p. 244 et 256; voy. notamment ci-après, p. 361. la L. 30, § 5, de poss., dont la fin est si difficile à expliquer.)

(2) Cela suppose sans doute que le défunt lui-même aurait pu, en recouvrant la possession, se prévaloir de la possession interrompue; car comment l'héritier aurait-il plus de droits que son auteur? Peut-être vaudrait-il mieux lire (avec Haloander) *nunquam*, et expliquer cette loi par la L. 44, § 5, de usurp. (V. ci-dessus, p. 313).

On verra ci-après p., 562, que l'*Usucapion* peut même s'accomplir pendant que l'hérédité est jacente.

(b) *Dans le cas de succession à titre particulier.*

Accessiones in eorum persona locum habent qui habent propriam possessionem. Cæterum accessio nemini proficit, nisi ei qui ipse possidet (1). (*Ulp. L. 13, § 12, de adq. vel. amitt. poss.*)

Præterea ne vitiosæ quidem possessioni ulla potest accedere; sed nec vitiosa ei quæ vitiosa non est. (*Ulp. L. 15, § 15, de adq. vel amitt. poss.*)

Si eam rem quam pro emptore usucapiebas scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu (2). (*Paul. L. 2, § 17, pro empt.*)

Accessio possessionis fit, non solum temporis quod apud eum fuit unde is emit, sed et qui ei vendidit unde tu emisti. Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, præcedentium auctorum possessio non proderit; quia conjuncta non est. (*Venul. L. 15, § 1, de div. temp. præsc.*)

Ei cui hæres rem hæreditariam vendidit, et hæredis tempus, et defuncti debet (3) *accedere.* (*Venul. L. 15, § 6, de div. temp. præsc.*)

(1) Quoique le jurisconsulte s'exprime d'une manière générale, nous n'avons pas osé placer ce texte comme une règle commune à toute espèce d'accession, à cause des LL. 40, *de usurp.* et 7 *pro empt.* citées ci-après, p.

(2) Le possesseur de bonne foi qui reste soumis à l'action récursoire de son acheteur si celui-ci est évincé, ne pourrait-il pas intervenir pour opposer au propriétaire l'*Usucapion* qui se serait accomplie dans sa personne s'il n'avait pas vendu la chose.

(3) La possession de l'héritier étant forcément unie à celle de son auteur, si l'acheteur veut se prévaloir de la possession d'un vendeur qui doit sa puissance sur la chose à sa qualité d'héritier, c'est à la personne du défunt qu'il faudra se reporter pour examiner si la possession est ou n'est pas vicieuse.

F. Quelles altérations peuvent subir les Conditions I^{re}, II^e et III^e sans que l'Usucapion cesse de courir? Quels sont, au contraire, les événemens qui suspendent ou interrompent (1) l'Usucapion?

I. Événemens qui se rapportent à la I^{re} Condition (2).

Possessionem amittimus (3) multis modis : veluti si mortuum in eum locum intulimus quem possidebamus ; namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere,

(1) Après qu'un événement est venu détruire quelque-une des Conditions de l'Usucapion, il peut arriver qu'un autre événement rétablisse cette même Condition : dans ce cas, s'il n'est pas permis de réunir à la possession antérieure au premier événement, celle que la même personne, ou bien un ayant-cause du premier possesseur, a acquise postérieurement au second événement, les jurisconsultes disent que l'Usucapion a été *interrompue* ; ils disent qu'elle n'a été que *suspendue*, lorsqu'au contraire, il peut y avoir accession entre les deux espaces de temps séparés par celui durant lequel l'Usucapion n'a pas couru.— La L. 31, § 1, de *usurp.*, citée ci-dessus. p. 550, paraît décider que le Droit romain ne connaissait à l'égard de l'Usucapion que l'*interruption*, et non la simple *suspension* (ce qui peut se justifier par l'excessive brièveté du délai fixé par la Loi des Douze-Tables) ; à la vérité, cette L. 31 ne parle que des meubles ; mais il y a tout lieu de croire que la règle a été, au moins pendant très-long-temps, commune aux meubles et aux immeubles, et que, si elle reçut quelque modification avant Justinien, ce ne fut qu'au moyen de la *restitution en entier*, institution bizarre que nous expliquerons dans notre *Traité des Actions*.

(2) Que la chose soit susceptible d'Usucapion. Malgré la généralité de ce titre, pour ne point diviser ce qui a rapport au fait de Possession, nous avons renvoyé à la II^e Condition, le cas où il n'y a pas lieu à Usucapion par la raison que la chose est physiquement non susceptible d'être possédée.

(3) Il est évident que dans cette loi la possession est considérée plutôt comme un effet de Droit que comme un simple fait : le jurisconsulte a voulu dire qu'on n'accorderait, dans le cas dont il s'agit, ni les *Interdits possessoires* ni le bénéfice de l'Usucapion.

etsi contemnamos religionem et pro privato cum teneamus; sicut hominem liberum (*Paul. L. 30, § 1, de adq. vel amit. poss.*); item..... si servum manumittimus. (*Ibid. § 4.*)

Quid si la chose devient la propriété d'un pupille (1)? Dans ce cas, si le possesseur n'a point d'ailleurs cessé d'avoir la chose en sa puissance, pourra-t-il joindre son ancienne possession à celle qu'il a eue depuis la puberté du propriétaire (2)?

V. ci-dessus, p. 309, la L. 48. pp. de adq. rer. dom.

V. aussi L. 1, C. si quis ign.

Quid si le propriétaire vient à encourir la confiscation générale?

V. ci-dessus, p. 309, le § 9, J. de usurp. (5).

Si le propriétaire vient à mourir, l'Usucapion continue-t-elle pendant que la succession est vacante (4)?

(1) Les autres incapacités naturelles n'empêchaient pas l'Usucapion, mais plusieurs d'entre elles donnaient lieu à la restitution en entier.

(2) Je pense que dans ce cas, comme celui où l'on accorde à un incapable la restitution en entier contre l'Usucapion qui a couru durant son incapacité, la possession antérieure à l'incapacité peut se joindre à celle que peut avoir eue, depuis que l'incapacité a cessé, soit le possesseur primitif, soit son ayant-cause.

(3) Il résulte de ce texte que les biens deviennent non susceptibles d'Usucapion après qu'ils ont été dénoncés au fisc; on concevrait plus facilement que l'Usucapion fût suspendue pendant le temps où le fisc n'est pas encore en mesure de revendiquer.

(4) C'est demander si l'Usucapion court contre l'héritier du propriétaire avant l'adition de l'hérédité? Cela ne fait point de doute quant à l'Usucapion lucrative (dont nous parlerons ci-après), puisqu'elle a précisément pour objet de forcer les héritiers à se hâter d'user de leurs droits. Quant à l'Usucapion ordinaire, nous avons bien vu ci-dessus, p. 342, qu'elle ne pouvait avoir lieu, ni avant ni après l'adition, au profit de celui qui possède *pro herede* ou *pro possessore* (ce qui, au reste, ne me paraît pas facile à expliquer); mais aucun texte, que je sache, n'empêche l'Usucapion de continuer ou même de commencer, pendant que l'hérédité du propriétaire est jacente, au profit de celui qui invoque pour fonder sa bonne foi une autre manière d'acquérir que l'hérédité: au contraire, la L. 4, C. in quib. caus., dit, sans faire aucune distinction, que l'on peut usucaper *pro emptore* ou *pro donato* contre l'héritier.

Quid si le propriétaire est tombé au pouvoir de l'ennemi (1) ?

Quid si la chose d'un époux ayant été donnée à l'autre époux par un tiers, l'époux propriétaire a découvert que la chose lui appartient et ne l'a point revendiquée ?

V. ci-dessus, p. 225, la L. 1, § 4, de poss. et p. 309, le commencement et la fin de la L. 44, dont voici le complément :

..... Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur usucapio, quia transiit in causam ab eo factæ donationis (2). Ipsius mulieris scientia propius est ut nullum acquisitioni dominii ejus afferat impedimentum. (Nerat. L. 44, de donat. inter vir. et ux.)

II. Événemens qui se rapportent à la II^e Condition.

(a) Le possesseur n'ayant plus la capacité de posséder (3).

In his qui in hostium potestatem pervenerunt, (in) reti-

(1) S'il meurt en captivité, appliquez ce que nous venons de dire, car c'est alors de l'héritier qu'il s'agit. Si au contraire il jouit du *jus postliminii*, il n'y a point de doute que l'Usucapion aura couru, mais le propriétaire pourra se faire restituer en entier, ou obtenir du Préteur l'action *quasi publicienne* pour recouvrer la chose usucapée. Voy. L. 1, § 1, pp. ex. quib. causis.

(2) J'entends cette loi dans ce sens, que l'Usucapion est interrompue lorsque les deux époux ont su que la chose appartenait à l'un d'eux ; mais qu'elle continue à courir si l'époux possesseur découvre seul la vérité. Pothier, en adoptant une autre ponctuation, fait dire, au contraire, au jurisconsulte auteur de cette loi, que l'Usucapion n'est pas interrompue, même lorsque les deux époux découvrent que la chose appartient à l'un d'eux.

(3) Il ne doit pas être question ici de la *capacité d'acquérir par Usucapion* ; nous en avons dit la raison, ci-dessus, p. 305, N° 3 ; nous ferons seulement, remarquer que dans le cas où un individu perd à l'égard de tous, le droit

nendo jure rerum suarum singulare jus est (1) : corporaliter tamen possessionem amittunt ; neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur : sequitur ergo, ut, reversis his, nova possessione opus sit, etiam si nemo medio tempore res eorum possederit. (*Javol. L. 23, § 1, de adq. vel. amitt. poss. Cf. Pap. L. 19, ex quib. caus. maj.*).

Is autem qui apud hostes est, nihil per usum sibi adquirere potest, nec cœptam possessionem poterit implere dum est apud hostes : hoc amplius nec postliminio reversus recuperabit (2) per usum domini acquisitionem (*Ulp. L. 25, § 1, ex quibus caus. Cf. L. 19, eod.*)

Quid si celui qui est tombé au pouvoir de l'ennemi possédait par son esclave ou par son fils de famille ?

Neque servus, neque per servum dominus qui apud hostes est, possidet (3). (*Paul. L. 11, de usurp.*)

d'usucaper, il y a en général transmission de l'universalité de ses biens, soit à un particulier, soit à l'État, et par conséquent on pourra avoir à examiner les mêmes questions que dans le cas de décès. (*V. ci-après, p. 365.*) Quant à la *capacité de posséder*, elle ne devrait être qu'une pure question de fait ; mais nous avons vu (p. 28) que les jurisconsultes romains, soit en feignant qu'on possède lorsqu'on ne possède pas réellement, soit en refusant au contraire de voir une possession là où le fait ne devait point avoir d'effets juridiques, ont en quelque sorte transformé cette question de fait en question de Droit.

(1) Nous ne nous occupons ici que du cas où le captif jouit du *jus postliminii* ; s'il meurt au pouvoir de l'ennemi, la question n'intéresse plus que l'héritier ; nous l'examinerons ci-après, p. 365.

(2) La *L. 25, § 2, ex quib. caus. maj.*, semble cependant accorder la restitution en entier au prisonnier de guerre qui a perdu la possession ou la quasi-possession ; mais il est vraisemblable que, dans ce texte, *fundi possessio* ne signifie pas la possession, mais la propriété même, au moins la propriété bonitaire.

(3) Malgré la généralité de ce texte de Paul, nous voyons, par la *L. 12*

Hi plane qui fuerunt in potestate captivi usu rem adquirere possunt ex re peculiari..... (*Ulp. L. 25, § 3, ex quib. caus.*)

..... Eorum quæ usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interruptitur usucapio, quia certum est eum possidere desiisse; eorum vero quæ per subjectas juri suo personas possidebat, usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Julianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem, remanentibus iisdem personis in possessionem; Marcellus nihil interesse ipse possedisset an subjecta ei persona; sed Juliani sententia sequenda est. (*Tryph. L. 12, § 2, de capt. et post.*)

(b) La puissance ayant cessé en tout ou en partie, soit par obstacles physiques, soit par troubles provenant des autres hommes, soit en outre, pour le cas de la possession médiate, par un fait du représentant ou concernant le représentant (1).

ci-après, que les esclaves pouvaient continuer à posséder *ex re peculiari*, et la *L. 44, § 7, de usurp.*, nous apprend qu'ils pouvaient aussi commencer une Usucapion nomine peculii. Il y a plus : on pourrait croire, en lisant la *L. 15, de usurp.*, que, suivant Marcellus, l'esclave pouvait commencer à posséder pour son maître, même à autre titre que celui de pécule, d'autant plus que le § 15, *J. de act.*, qui ne fait aucune distinction entre la possession continuée ou acquise, semble s'appliquer à toute espèce de choses. Mais, alors on perd le moyen de concilier ces textes avec la *L. 11, de usurp.*, en supposant que celle-ci a parlé des choses non pécuniaires et les autres des choses pécuniaires. — Remarquez au surplus que ceux contre qui l'Usucapion a couru au profit du captif peuvent obtenir la restitution en entier, lorsqu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher l'Usucapion. Voyez le § 5, *J. de act.*, où l'on exige, au surplus, bien mal à propos dans le cas où il s'agit d'accorder la restitution contre l'absent, la condition d'une juste cause d'absence, condition qui ne paraît nécessaire que dans le cas où c'est l'absent qui demande la restitution en entier.

(1) Le cas où c'est le possesseur lui-même qui change d'intention sera traité plus loin (*V. p. 366.*)

1° *par obstacles physiques ;*

V. ci-dessus, p. 242 et 245, les *L.* 13, pp. *L.* 3, § 13, et *L.* 30, § 3, de *adq. poss.*

V. aussi, à la même page, la règle établie par les mêmes *LL.* 13 et 3, § 10, relativement à l'esclave fugitif.

Quid si la chose vient à changer de forme, ou bien à s'unir accessoirement à une autre chose ?

V. ci-dessus, p. 243, la *L.* 30, § 4, de *adq. poss.*, et la note dont elle est l'objet ; voy. aussi les *LL.* 25, § 2. et 30, § 1, de *usuc.*

2° *par obstacles provenant du fait d'autres hommes ;*

V. ci-dessus, pp. 252 à 255, les *L.* 18, § 3, *L.* 25, § 2, et *L.* 46, de *adq. poss.* *V.* aussi *L.* 17, unde *vi.*

Interruption naturelle de la possession.

Naturaliter interruptitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur (1), quo casu non adversus eum tantum qui eripit, interruptitur possessio (2), sed adversus omnes ; nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne ; ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa (3). (*Gaius*, *L.* 5, de *usurp. et usuc.* Cf. *L.* 3, § 9, et *L.* 15, de *adq. poss.*)

(1) Ne faut-il pas examiner l'intention du ravisseur ? *Quid* s'il n'entendait exercer sur la chose qu'un droit d'usufruit, de gage ou même de location ?

(2) Peut-on dire qu'il y ait interruption d'Usucapion avant que le possesseur expulsé ait perdu les *interdits* ? Ne faut-il pas au moins reconnaître que cette interruption sera censée non avenue toutes les fois que le possesseur recouvrera la possession, soit au moyen des *interdits*, soit même sans ce secours, pourvu que ce soit dans le délai durant lequel les *interdits* sont accordés.

(3) Le jurisconsulte a-t-il voulu opposer l'Usucapion *ordinaire*, où l'on possède croyant être propriétaire (*pro suo*), à l'Usucapion sans bonne foi (notamment *pro hærede*), où l'on possède dans l'intention de faire un gain (*animo adquirendi, ex lucrativa causa*) ?

V. ci-dessus, p. 253, L. 17, de *adq. vel amit. poss.*

V. aussi les L. 13, 9, de *adq. poss.*, et 9, § 1, de *vi.*

Quid si la Possession a été déferée à une autre personne par le magistrat ?

V. L. 30, § 2, de *adq. poss.* et L. 15, § 20, de *damn. inf.* (1).

3^e dans le cas de possession médiate, par un fait du représentant ou concernant le représentant :

Celui qui possédait pour autrui ayant cessé d'avoir la chose en sa puissance,

V. p. 237, L. 40, § 1, de *adq. poss.* ; p. 254, L. 44, § 2, et L. 45, de *adq. poss.* ; L. 1, § 22, de *vi.*, et p. 235, L. 12, C. de *poss.*

Celui qui possédait pour autrui venant à mourir ou cessant d'être capable de posséder.

V. p. 244, L. 40, § 1, et L. 3, § 8, de *adq. vel amit. poss.*, et p. 234 et 237, L. 25, § 1, de *adq. vel amit. poss.*

Celui qui possédait pour autrui cessant d'être l'instrument nécessaire de celui qui avait commencé à usucaper par lui.

..... *possidere nos desinimus, si is qui possidet, in alterius potestatem pervenit.* (*Paul.* L. 30, § 3, de *adq. vel. amit. poss.*)

Celui qui possédait pour autrui comme instrument nécessaire, ayant manifesté la volonté de posséder pour un tiers ou pour soi-même, ou du moins de ne plus posséder pour son maître ou père de famille.

V. p. 231, L. 15, de *adq. poss.* ; L. 12, C. de *adq. poss.* ; p. 242, L. 3, § 10, de *adq. poss.*

(1) On verra ci-après, p. 387, que l'envoi en possession n'est pas fait toujours avec intention de rendre propriétaire celui en faveur de qui cet envoi est ordonné ; si le magistrat n'a voulu accorder qu'une sorte de gage, il est évident que l'envoi en possession ne dépouillera pas celui contre qui il est ordonné, de la possession *ad usucapionem* ; il en est autrement, si le magistrat a entendu transférer la propriété ; dans ce cas, je pense que l'Usucapion ne cesse pas du jour où est intervenu l'acte de l'autorité, mais bien seulement du jour de l'exécution de cet acte. Voy. L. 26, § 1, de *reb. auct. jud.*

Si rem pignori datam creditoris servus subripuerit, cum eam creditor possideret, non interpellabitur usucapio debitoris : quia servus dominum suum possessione non subvertit. Sed et si debitoris servus subripuerit, quamvis creditor possidere desinat, tamen debitori usucapio durat : non secus ac si eam creditor debitori tradidisset ; nam, quantum ad usucapiones attinet, servi, subtrahendo res, non faciunt deteriore dominorum conditionem. Facilius obtinebitur, si, precario possidente debitore, servus ejus subripuerit : nam conductio idem præstat quod si apud creditorem res esset ; possidet enim hoc casu creditor. Sed (et) si utrumque intercesserit : et precarii rogatio, et conductio, intelligitur creditor possidere ; et precarii rogatio non in hoc interponitur ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat. (*Julian. L. 33, § 6, de usurp. et usuc.*)

Celui qui possédait pour autrui comme instrument volontaire ayant cessé de vouloir posséder de cette manière.

V. p. 238, L. 47, et L. 3, § 18, de adq. poss.

V. p. 235, L. 12, C. de adq. poss.

Qui pignori rem dat, usucapit quamdiu res apud creditorem est ; si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio. Et, quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid deposuit vel commodavit : quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit.... (*Julian. L. 33, § 4, de usurp. et usuc.*)

Quid s'il a néanmoins induit celui pour qui il possédait à croire qu'il continuait à posséder pour lui ?

V. p. 239, la L. 32. § 1, de poss.

Quid si la circonstance qui motivait l'intention du possesseur médiate de rapporter à un autre le bénéfice de la possession, a cessé, mais sans que lui-même le sache ?

Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dede-

ris, ac precario rogaveris, deinde me dominus hæredem instituerit, desinit pignus esse : et sola precarii rogatio supererit. Idcirco usucapio tua interpellabitur. (*Ulp. L. 29, de pign. act.*) (1).

Quid si celui qui possédait pour moi a mis la chose en la puissance d'un tiers qui considère mon représentant comme propriétaire?

V. p. 240, la L. 30, § 6, de poss.

(c) L'individu qui possédait ayant cessé (2) de connaître la puissance qu'il a sur la chose.

V. ci-dessus, p. 227, d'une part, les L. 25, pr. et § 13, de adq. poss., et d'autre part, la L. 3, § 8, de adq. poss.

V. aussi, p. 227, la L. 7, de adq. poss.

(1) Il me semble que si les parties ignorent que le gage appartient au créancier, il n'y a pas de raison pour que le débiteur cesse d'usucaper ; en effet n'y a-t-il pas de la part de ce dernier intention de posséder par une personne qui a la chose en sa puissance et qui la possède pour lui ? Dira-t-on que l'intention du créancier repose ici sur une erreur, et que le créancier ne voudrait plus posséder pour le débiteur s'il savait que le gage lui appartient à lui-même. Je répondrai que si celui qui livre sa chose par erreur en perd immédiatement la propriété, celui qui par erreur la possède pour autrui peut bien la perdre par Usucapion. — Au reste, je crois qu'on peut expliquer cette loi par l'ancien mode de constitution du gage, qui rendait le créancier propriétaire si le débiteur l'était, et qui, dans le cas contraire, ne lui permettait de profiter de la possession du créancier que par le moyen de l'accession et lorsqu'il recouvrait la chose en vertu de la fiducie : si l'on reconnaît que la chose appartient au créancier, tout ce qui s'est fait étant nul, il est évident que le débiteur ne pourra pas recouvrer la chose, et par conséquent qu'il n'y aura pas d'accession.

(2) Celui qui joint, soit forcément soit facultativement, sa possession à celle qu'un autre individu a eue auparavant, étant en quelque sorte, par rapport à l'Usucapion, la continuation de cet individu, nous embrassons ici, sous la même rubrique, le cas où une personne, après avoir connu qu'une chose était en sa puissance, vient à perdre cette connaissance, et le cas où un successeur ou ayant-cause est investi sans le savoir de la puissance que son auteur avait sciemment sur une chose.

La possession est-elle interrompue si le possesseur tombe en démence?

V. p. 227, là L. 27, de adq. poss.

Eum qui posteaquam usucapere cœpit, in furorem incidit, utilitate suadente, relictum est, (ne languor animi damnum etiam in bonis adferat) ex omni causa implere usucapionem. (*Pap. L. 44, § 6, de usurp. et usuc.*)

Quid si le possesseur est mort et que son hérédité soit jacente?

V. ci-dessus, p. 256, la L. 30, § 5, de adq. poss. (1). V. aussi L. 13, § 35, eod., et L. 2, § 18, pro empt.

Cœptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hæreditatem impleri constitutum est (2). *Nerat. L. 40, de usurp. et usuc. Cf. Pomp. L. 6, § 2, pro empt.*)

Qui fundum pro emptore possidebat, antequam diutius possessionem impleret, decessit : servi qui in posses-

(1) Cette loi a été mutilée ci-dessus, page 256 : il faut lire : *retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus*. Je crois que dans cette loi le juriconsulte oppose la possession *ad interdicta* à la possession *ad usucapionem* : l'héritier ne possède pas, dans ce sens qu'il n'aurait pas les *interdicts*, mais l'Usucapion s'accomplit à son profit par la possession du colon. On conçoit que l'Usucapion puisse continuer quoique l'une de ses Conditions (*la puissance sur la chose*) ait éprouvé quelque altération ; car il reste toujours à opposer au propriétaire sa négligence. Mais, pour les *interdicts* la puissance est presque la seule Condition. — Faut-il conclure des mots : *pro emptore*, que cette décision est spéciale pour le cas où le défunt possédait à ce titre? — Cette loi fait naître une autre difficulté, c'est de savoir ce qu'il faut pour qu'on puisse dire de l'héritier : *nactus est ipse possessionem* : dès que le colon reconnaît pour héritier de son locateur celui qui de son côté s'est présenté comme tel, ne le constitue-t-il pas par cela seul en possession?

(2) Cette loi suppose-t-elle que le défunt possédait médiatement et que celui qui possédait pour lui est resté en possession? On peut conclure de la L. 7, ci-après, que le juriconsulte a eu en vue même le cas de possession immédiate.

sionem relictæ fuerant, discesserunt reliquendæ ejus gratia : quæsitum est an nihilominus hæredi tempus longæ possessionis procedere potest? Respondit etiam discedentibus servis hoc tempus hæredi procedere. (*Julian. L. 7, pro emptore.*)

Lorsque le possesseur tombé au pouvoir de l'ennemi meurt sans avoir joui du jus postliminii, son héritier peut-il compter pour l'Usucapion le temps de la captivité, au moins lorsque la chose est restée au pouvoir d'un représentant du captif?

V. L. 15, de usurp. (1).

(d) L'intention d'agir et d'être considéré comme propriétaire de la chose ayant cessé : soit que le possesseur n'entende désormais retirer de la chose aucun avantage ni pour soi ni pour autrui, soit qu'il entende seulement devenir l'instrument d'une autre personne (2).

V. ci-dessus, p. 227, L. 17, § 1, L. 3, § 6, et L. 18, § 1, de adq. poss.

V. aussi ci-dessus, p. 228, L. 18 et 19, de adq. poss., p. 241, L. 28, eod., et p. 240 L. 36 et L. 37, eod., de adq. pos., et L. 37, de pign. act. (3).

Qui, cum pro hærede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest ; quid porro inter eas res

(1) Les jurisconsultes étaient divisés sur cette question.

(2) Il est évident que la cause qui empêche un individu de connaître sa puissance sur une chose, l'empêche aussi ordinairement de vouloir la posséder : ainsi l'individu qui est en démence, l'héritier qui ignore l'ouverture de la succession, et (*à fortiori*) celui qui pourra en vertu de la loi *Cornelia* venir à la succession d'un individu maintenant prisonnier de guerre, ne peuvent être considérés comme voulant posséder. — Nous n'avons donc à parler ici que du cas où celui qui sait que la chose est en sa puissance, ne veut cependant pas la posséder ou du moins ne veut la posséder que pour autrui.

(3) Pour concilier ces deux dernières lois avec la *L. 36, de poss.*, il faut supposer, ou bien qu'elles ont été écrites dans l'hypothèse du gage consenti par *mancipation*, ou, ce qui est plus vraisemblable, qu'il n'y est question que de la possession *ad interdicta*.

interest, cum utrobique desinat ex prima causa possidere qui precario vult habere (1). (*Pomp. L. 6, pro empt.*)

III. Événemens qui se rapportent à la III^e Condition.

V. ci-dessus, p. 35, L. 44, de don. int. vir.

(a) Quid, si la croyance reposait sur une tradition faite en vertu d'une convention contenant expressement ou implicitement une clause résolutoire?

Constante autem matrimonio, pro dote usucapio inter eos locum habet inter quos est matrimonium. Cæterum si cesset matrimonium, Cassius ait, cessare usucapionem, quia (ei) dos nulla sit. (*Ulp. L. 1, § 3, pro dote.*)

(b) Si le propriétaire a agi en revendication contre le possesseur.

Si rem alienam emero, et quum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione (2). (*Paul. L. 2, § 21, pro empt.*)

Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cœpit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere : pe-

(1) Cette décision est trop absolue; il faudrait au moins excepter le cas où celui qui usucapait aurait donné la chose en gage; alors le précaire qu'il obtiendrait du créancier ne serait plus qu'une renonciation de la part de ce dernier, au droit de détenir la chose, et par conséquent le débiteur conserverait la possession malgré le précaire. (V. ci-après, L. 36, de adq. poss.)

(2) On voit que les Romains ne connaissaient pas ce que d'autres peuples ont appelé l'interruption civile de l'Usucapion : ils suivaient logiquement cette idée : que le possesseur continue à usucaper tant qu'il n'a pas perdu la possession; or il est clair qu'il continue à posséder *inter moras litis* après la *litis contestatio*. Mais, entre le possesseur et le demandeur le résultat était cependant le même que si l'on avait admis l'interruption civile de l'Usucapion, puisque le possesseur était tenu par l'action *judicati* d'exécuter l'obligation, contractée par la *litis contestatio*, de transférer au demandeur l'objet litigieux. A l'égard des tiers, au contraire, l'Usu-

riculum est enim, ne cum (1) vel pigneraverit, vel manumiserit. (*Gaius, L. 18, de rei vindic.*)

Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit si exhibeat rem is cum quo actum est ; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnatur. (§ 3, *J. de officio judicis.*)

Ne faut-il pas que la croyance qu'on avait acquise la propriété ait au moins laissé après elle l'attente d'acquérir la chose par Usucapion ?

Si quis id quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem (2), vel quia non bona fidei videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio. (*Pompon. L. 32, § 1, de usurp. et usuc.*)

capion accomplie conserve tous ses effets, car ils n'ont contracté aucune obligation ; si donc le possesseur, après avoir usucapé la chose depuis la *litis contestatio*, en dispose au profit des tiers, cette disposition sera valable. *V. L. 18, de rei vind.*

(1) Je crois qu'il faut sous-entendre : *post usucapionem*.

(2) La croyance que l'on peut ou que l'on ne peut pas usucaper une chose, est évidemment exclusive de la croyance que l'on a acquise la propriété de cette même chose ; or, cette dernière croyance est exigée comme point de départ de l'Usucapion ; on ne peut donc expliquer le passage de Pomponius qu'en supposant qu'il avait en vue le cas où le possesseur a commencé par croire qu'il était devenu propriétaire de la chose : si, après avoir découvert cette erreur, il tombe dans une autre en s'imaginant qu'il ne lui est pas permis d'usucaper, faut-il, avec Pomponius, lui refuser le bénéfice de l'Usucapion ? On peut dire sans doute, à l'appui de cette opinion, que l'attente conçue par le possesseur est une base de l'Usucapion, et qu'elle manque dans l'espèce. Mais, d'un autre côté, l'erreur qu'on invoquerait ici contre le possesseur n'est-elle pas une erreur de Droit, dont la preuve ne doit pas être admise ?

Ve Condition (nécessaire pour que le droit acquis par Usucapion soit la propriété intégrale) : Que la chose appartint intégralement à celui vis-à-vis de qui les autres conditions de l'Usucapion ont été accomplies (1).

Non mutat usucapio superveniens pro emptore vel pro hærede, quo minus pignoris persecutio salva sit (2). Ut enim

(1) Si l'Usucapion n'avait pour base que le fait et l'attente du possesseur, peu importerait que la chose possédée appartint intégralement à un seul, ou se trouvât l'objet de droits fractionnaires répartis entre plusieurs ; mais, il n'en est pas ainsi ; la négligence de celui que l'Usucapion doit dépouiller, est pour beaucoup dans la détermination du législateur qui sacrifie les intérêts de ce dernier à ceux du possesseur ; or, n'est-il pas naturel que chacun ne soit puni que pour sa propre négligence ? — Que faudra-t-il donc décider dans le cas où la chose possédée appartenait à plusieurs personnes, soit sous les mêmes rapports, soit sous des rapports différens, par exemple, dans le cas de co-propriété, dans celui d'usufruit, dans celui d'hypothèque ? Au premier abord, il semble que l'on devrait examiner à l'égard de chacun des intéressés, si les Conditions de l'Usucapion sont accomplies vis-à-vis de lui ; et que, dans le cas où elles seraient accomplies vis-à-vis de l'un et non vis-à-vis de l'autre, on devrait décider que le possesseur n'a acquis qu'un démembrement de propriété, savoir le même droit qu'avait la personne à l'égard de laquelle les conditions se sont trouvées accomplies. — Mais, lorsqu'on considère séparément les diverses sortes de démembrement dont la propriété est susceptible, on voit bientôt que la question présente les plus graves difficultés. En effet, telle est la nature de certains démembrements, qu'on ne voit guère comment les Conditions de l'Usucapion pourraient jamais s'accomplir à leur égard : par exemple, comment la possession peut-elle avoir, vis-à-vis du nu-propriétaire ou du créancier hypothécaire, un caractère d'opposition tel que le possesseur puisse dire à ces personnes : « Vous avez su que je possédais au préjudice des droits que vous vous attribuez, pourquoi n'avez-vous pas fait cesser ma possession ? » — Nous pourrions revenir sur cette question au Titre des *Démembrements de la propriété*.

(2) La brièveté du délai de l'Usucapion explique cette décision. Re-

usus fructus usucapi non potest (1) : ita persecutio pignoris, quæ nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventionione constituitur (2), usucapione rei non perimitur. (*Marc. L. 44, § 5, de usurp. et usuc.*)

De l'espèce d'Usucapion qui n'exigeait pas que le possesseur fût de bonne foi, et que Gaius appelle Usucapio lucrativa.

A. Usucapion des Successions ou des choses héréditaires.

Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat : velut si rem hæreditariam cujus possessionem hæres nondum nactus est, aliquis possederit. nam ei concessum (*est usu*) capere, si modo ea res est quæ recipit usucapionem : quæ species possessionis et usucapionis *pro hærede* vocatur (*Gaius, Com. 2, § 52.*)

Et in tantum hæc usucapio concessa est, ut et res quæ solo continentur anno usucapiantur. (*Gaius, Com. 2, § 55.*)

Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hæreditariarum possessione, velut ipsæ hæreditates usucapi cre-

marquez que , lorsque l'hypothèque s'est introduite dans la législation romaine, on a sans doute accordé au possesseur, pour se défendre contre le créancier hypothécaire, la *Præscriptio longi temporis*, même lorsque la chose était susceptible d'Usucapion.

(1) Il me semble que dans le cas de l'usufruit, c'est au contraire le nu-propriétaire qui aurait dû être à l'abri de l'Usucapion. Comment d'ailleurs ce texte se concilie-t-il avec le § 5, *Paul, Sent., lib. 3, tit. 6*? Au lieu d'*ususfructus* faudrait-il lire *urbana servitus*? (*Voyez page , Paul, Sent., lib. 1, tit. 17, § 1.*)

(2) Le jurisconsulte a-t-il eu l'intention de rappeler ici la distinction entre le gage constitué par mancipation et le gage constitué par simple pacte?

debantur, scilicet anno : lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, cæteras vero anno; ergo hæreditas in *cæteris rebus* videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Quamvis (*autem*) postea creditum sit, ipsas hæreditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hæreditariis, etiam quæ solo teneantur, annua usucapio remansit. (*Gaius, Com. 2, § 54.*)

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hæreditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit; et ut creditores haberent a quo suum consequerentur. (*Gaius, Com. 2, § 55.*)

Hæc autem species possessionis et usucapionis etiam *lucrativa* vocatur, nam sciens quisque rem alienam lucrificat. (*Gaius, Com. 2, § 56.*)

Sed hoc tempore etiam non est *lucrativa*; nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest hæres ab eo qui rem usucepit, hæreditatem petendo, perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. (*Gaius, Com. 2, § 57.*)

Sed necessario tamen hærede extante ipso jure (1) *pro hærede* usucapi potest. (*Gaius, Com. 2, § 58.*)

(1) Je crois que voici le véritable sens de ce texte : Quoique l'Usucapion *pro hærede* n'ait été établie que pour forcer les personnes appelées à hériter, à prendre promptement leur parti sur l'acceptation, et que ce motif ne soit pas applicable au cas des héritiers siens, parce qu'ils sont héritiers sans avoir besoin de déclarer leur volonté de l'être, et même (d'après le Droit civil) sans pouvoir déclarer une volonté contraire; cependant cette Usucapion avait lieu contre eux, quand ils ne se mettaient pas en possession des choses héréditaires, parce que jusque là on ignore s'ils useront ou n'useront pas du bénéfice de l'*abstention*. Au reste, la *L. 2, C. de usuc. pro hærede*, citée ci-après, nous apprend qu'une opinion contraire à cette extension du principe posé dans le § 55. de Gaius, avait prévalu à l'époque de Dioclétien.

Pro hærede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit. (Pompon. L. 1, pro hæred.)

Servus pro hærede possidere non potest. (*Paul. L. 4, § 4, de usurp. et usuc. Cf. L. 4, pro hæred. citée ci-dessus, p. 341 (1).*)

V. aussi, pag. 342, la L. 3, C. de usuc. pro hæred., qui contient une décision applicable aussi bien à l'Usucapion *pro hærede* qu'à l'Usucapion ordinaire.

Nihil pro hærede posse usucapi, suis hæredibus existentibus, obtinuit. (*Diocl. et Max. L. 2, C. de usuc. pro hæred.*)

V. encore, p. 342, la L. 29, de usurp. (2).

B. Usurception.

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit; nam qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit, vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etsi soli sit: quæ species usucapionis dicitur *usureceptio*, quia id quod aliquando

(1) Quoique nous ayons appliqué la L. 4, *pro hærede* à l'Usucapion ordinaire, il est bien possible que l'auteur de cette loi n'ait eu en vue que l'Usucapion *lucrative*.

(2) Dans l'espèce de cette loi, il ne peut y avoir lieu à l'Usucapion *lucrative* (*pro hærede*), parce que la chose a été possédée par l'héritier véritable; or (comme nous venons de le voir dans le § 52 du 2^e Com. de Gaius) cette Usucapion *lucrative* ne s'appliquait qu'aux choses héréditaires dont l'héritier n'avait pas encore pris possession; il ne peut non plus y avoir lieu à l'Usucapion ordinaire, alors même que le possesseur se croirait réellement héritier, parce que sa croyance n'est pas basée sur une circonstance capable de la justifier (*justa causa, justus titulus*), à moins toutefois qu'il n'y ait eu transaction entre lui et l'héritier véritable; mais alors ce serait *pro transacto* et non *pro hærede* qu'on usucaperait. — Cette loi, ainsi que plusieurs autres relatives à l'Usucapion *pro hærede*, était inexplicable avant la découverte des Institutes de Gaius.

habuimus. recipimus per usucapionem. (*Gaius*, 2 *Com.* § 59.)

Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico quod tutius nostræ res apud eum essent : si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio ; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit ; nondum vero soluta, ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret ; quo casu lucrativa usucapio competit. (*Gaius*, 2 *Com.* § 60.)

Qui a servo hæreditario mutuam pecuniam accepit, et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat (1), et precario rogavit, precario possidet. Nam servus hæreditarius, sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hæreditati acquirit, ita precario dando efficit ne res usucapi possit : nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hæreditati acquirit. Hæc ita, si peculiare negotium contractum est : nam ex hac causa etiam possessio adquisita intelligi debet (2). (*Julian. L. 16, de oblig. et act.*)

Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio : sed hoc casu prædium biennio usurecipitur, et hoc est quod vulgo dicitur, ex prædiatura possessionem usurecipi, nam qui mercatur à populo prædiator appellatur. (*Gaius*, 2 *Com.* § 61.)

(1) Tribonien n'aurait-il pas substitué ici les mots *tradiderat* et *traditionem* aux mots *mancipaverat* et *mancipationem* ? Comment croire qu'après avoir parlé d'une constitution de gage qui ne transférerait pas la propriété, le jurisconsulte aurait pu dire ensuite : *sicut per traditionem proprietatem hæreditati acquirit*.

(2) Peut-on conclure de là que l'esclave n'acquiert à l'hérédité jaçente qu'ex *peculiari causa* ? *V.* ci-dessus, pages 544 et 561.

C. *Usucapion de l'esclave dont un simple possesseur (1) a fait l'abandon noxal.*

Et generaliter si alieni servi nomine qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim. tuque eum mihi noxæ dederis; sive me possidente dominus eum vindicet. exceptione doli mali, nisi litis æstimationem offerat, eum summovere possum (2) : sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem : si dominus ejus sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam : et secundum hæc, usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam : alioquin, si aliter constituatur, futurum ut summa iniquitate bonæ fidei possessor adficiatur, si, cum ipso jure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur ut litis æstimationem sufferat. (*Afric. L. 28, de nox. act.*)

Quid dans le cas de la Ductio Prætoris jussu ?

Eademque dicenda sunt et si cum ab eo (3) non defenderetur, jussu Prætoris eum duxerim : quoniam isto quoque casu justam causam possidendi habeo. (*Ibid., in fine.*)

(1) Si l'Abandon était fait par le propriétaire, il n'y aurait pas besoin d'Usucapion pour que la propriété *bonitaire* dans l'ancien droit, et la propriété la plus étendue dans le nouveau, fût transférée par cet abandon, qui n'est autre chose que la *Tadition*.

(2) Quel est le droit acquis à celui à qui un esclave a été donné *noxæ*, par une personne à qui cet esclave n'appartenait pas ? Il me semble que ce n'est qu'une sorte de droit de gage ou de rétention, que l'Usucapion transforme ensuite en droit de propriété, quoique le possesseur ait su que la chose n'appartenait pas à celui qui l'a livrée.

(3) Il paraît que le jurisconsulte n'a encore voulu parler ici que du simple possesseur. Pour le cas où la ductio serait ordonnée contre le propriétaire, voy. ci-après, p. 387, la L. 2, § 1, si *ex nox. caus.*

Quid, dans le cas de l'envoi en possession *ex secundo decreto, damni infecti nomine*?

V. ci-dessus, page 305, les *L. 5 et 15, § 16, de damn. infect.* — Quoiqu'on puisse aussi distinguer ici le cas où il s'agirait d'un simple possesseur, de celui où la *missio* est prononcée contre le véritable propriétaire, nous avons considéré ces lois comme ayant pour objet l'Usucapion qui transforme simplement le domaine bonitaire en domaine quiritaire, et les § 16, 17, 21, 22, 26, 35, de la même *L. 15*, ne permettent guère de les considérer autrement; mais, il est évident qu'en les insérant dans le Digeste, les compilateurs de cette collection ont cru qu'on pouvait rapporter ces lois à une autre espèce d'Usucapion. Ont-ils eu en vue l'Usucapion ordinaire, ou bien une Usucapion du genre de celle dont nous venons de parler? C'est ce qu'il est difficile de deviner. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, plusieurs des § de la *L. 15*, que nous venons de citer, sont tout-à-fait inexplicables.

De l'ancienne Prescription de long temps (1).

Præscriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præcibuntur, plus quam manifestum est. (Gaius, 4 Com. § 152.)

(1) Cet événement était-il véritablement une manière d'acquérir le domaine? — Non certainement si l'on veut parler du domaine civil; mais la Prescription donnait un droit qu'on peut bien appeler *domaine*, puisqu'il était accompagné d'une revendication utile, au moins si l'on s'en rapporte aux derniers mots de la *L. 8, pp. C. de præsc. 30 vel 40 ann.*, citée ci-après, page 380; il y a plus, elle était même, sous certains rapports, plus efficace que l'Usucapion, car elle faisait évanouir l'hypothèque dont la chose pouvait être grevée, ainsi qu'on le verra par la *L. 12, de div. temp. præsc.*, citée ci-après, p. 379. Au reste, on conçoit qu'il est difficile de trouver des textes qui déterminent nettement les caractères et les effets de l'ancienne *Præscriptio longi temporis*, Justinien n'ayant guère conservé, dans ses compilations, que ce qu'il lui a plu d'emprunter à cette manière d'acquérir pour en former la nouvelle *Usucapion* ou *Præscriptio*. (Voyez ce que nous avons dit ci-dessus, page 301, note 1.)

I. *Quelles choses étaient l'objet de cette Prescription?*

Longæ possessionis præscriptionem tam in prædiis quam in mancipiis (1) locum habere manifestum est. (*Modest. L. 3, de div. temp. præscr.*)

Rescriptis quibusdam divi magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis. (*Marc. (L. 9, de div. temp. præsc.)*)

Non est incognitum, id temporis quod in minori ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari (2); ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus rei pervenerit. (*Diocl. et Max. L. 3, C. quib. non obijcit.*)

II. *La Possession devait-elle avoir les mêmes caractères que lorsqu'il s'agissait de l'Usucapion?*

Le texte suivant prouve qu'il n'y avait pas plus *Prescription* qu'*Usucapion* lorsque le propriétaire avait pu croire que le possesseur possédait pour lui.

Unus individuum commune pro solido possidens, intervallo longi temporis, quo minus socius portionem vindicare... possit, defenditur. (*Diocl. et Max. L. 3, in quib. caus.*)

III. *La bonne foi était-elle nécessaire?*

Emptor bona fide contra præsentem decennii præscriptione (in cujus initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor), adhibita pro-

(1) Comme les meubles pouvaient être usucapés hors de l'Italie (ainsi qu'il résulte de ce passage de la *L. unic. C. de usuc. transf. antiqui et in rebus mobilibus..... usucapionem extendebant, non tantum in Italico solo nexu, sed in omni orbe terrarum*), il est probable que la Prescription ne leur était appliquée qu'afin d'arriver à purger l'hypothèque. (*V. L. 2, C. in quib. caus. cess. long. temp. præsc.*)

(2) Nous plaçons ici ce texte parce que, relativement à l'*Usucapion*, le privilège dont il paraît que les pupilles jouissaient, a été indiqué sous la rubrique : *choses non susceptibles d'Usucapion*. Il est évident que la minorité du propriétaire ne faisait que suspendre la Prescription.

batione justæ possessionis defensus, absolvi recte postulat.
(*Diocl. et Max. L. 9, C. de præscr. long. temp.*)

IV. Quel est le temps qui était exigé pour la Prescription (1), et quels événements pouvaient la suspendre ou l'interrompre (2)?

Longi autem temporis præscriptio inter præsentis continuo decennii spatio, inter absentes vicennii, comprehenditur. (*Paul. Sent. lib. 5, tit. 2, § 3.*)

(a) Y avait-il accession de possession pour la Prescription de long temps comme pour l'Usucapion.

Eum qui in locum emptoris successit, iisdem defensionibus uti posse quibus venditor ejus uti potuisset : sed et longæ possessionis præscriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta. (*Paul. L. 76, § 1, de contrah. empt.*)

(b) L'interpellation faite au possesseur avant l'expiration du temps requis interromp-elle la Prescription?

Vigintiannorum præscriptio etiam adversus rem publicam prodest ei qui justum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus est ... (*Paul. Sent. lib. 5, tit. 2, § 4.*)

Si, post motam intra tempora quæstionem, res ad novum dominum emptione transierit, nec is per viginti annos fuerit inquietatus, avelli ei possessionem non oportet. (*Paul. Sent. lib. 5, tit. 2, § 5.*)

V. Pour que la Prescription conférât intégralement l'espèce de propriété qu'elle était capable de produire, fallait-il que la chose possédée ne se trouvât point grevée d'usufruit ou d'hypothèque?

Creditor qui præscriptione longi temporis a possessore

(1) Le temps était-il le même pour les meubles que pour les immeubles, ou bien le délai de trois ans existait-il déjà avant Justinien?

(2) Nous avons vu ci-dessus que la minorité du propriétaire était une cause de suspension. Il est probable que la plupart des événements qui interrompaient l'Usucapion, interrompaient aussi la Prescription, ou du moins la suspendaient.

pignoris summoveri possit, pignus distraxit; quæro, an possessori salva sit exceptio adversus emptorem? Paulus respondit : etiam adversus emptorem eandem exceptionem competere. (*Paul. L. 12, de div. temp. præsc. Cf. L. 1. et 2, C. si adv. cred. præsc.*)

De la nouvelle Usucapion ou Prescription formée par Justinien du mélange de l'Usucapion ordinaire avec l'ancienne Prescription de long temps (1).

Constitutionem super hoc promulgavimus. qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi tem-

(1) Justinien se sert indifféremment des termes de *Prescription* ou d'*Usucapion*, parce que, les formules de procédure n'existant plus de son temps, il n'y avait plus de différence entre les cas où la demande était repoussée (en vertu des règles du Droit civil) *ipso jure*, et ceux où (en vertu du Droit prétorien) on n'accordait qu'une *exception*. Du reste, il paraît que, déjà avant Justinien, on donnait au possesseur des biens provinciaux, lorsqu'il venait à perdre la possession après les dix ou les vingt ans, une revendication (utile); voyez ci-après la *L. 8, pr. C. de præsc. 30 vel 40 ann.* — La nouvelle *Prescription* ou *Usucapion* est soumise, quant aux caractères de la possession et quant à la bonne foi, aux règles qui paraissent avoir été communes à l'ancienne *Usucapion* et à la *Prescription de long temps*. Quant aux choses qui peuvent en être l'objet, il n'y a plus de distinction à faire entre les choses qu'on acquérait par l'ancienne *Usucapion* et celles qui ne pouvaient être *prescrites* que *longo tempore* : l'*Usucapion nouvelle* serait donc applicable à toute espèce de choses, si une *Prescription* plus longue encore n'avait été exigée pour quelques espèces qui sont indiquées dans les *L. 3, C. quib. obj. long. temp. præsc.*, *L. 2, C. pro empt.* *L. 3, § 3, C. com. de leg.* — *Nov. XXII et Nov. CXIX, chap. 7.* — Elle a emprunté à l'ancienne *Prescription* le laps de temps de dix ou vingt ans; comme elle, elle fait évanouir les droits des créanciers hypothécaires en même temps que ceux du précédent propriétaire (*Cf. L. 8, pp. C. de præsc. 30 ann. ci-après, et L. 12, de div. temp. præsc. citée ci-dessus, p. 377*); enfin, nous n'avons pas besoin de dire que la distinction du domaine en *bonitaire* et *quiritaire* n'existant plus du temps de Justinien, la nouvelle *Prescription* a, sous le rapport de la nature du domaine, acquis toute l'efficacité qu'aurait pu avoir l'ancienne *Usucapion*. (*V. au surplus la L. 1, C. de usuc. transf.*)

poris possessionem, id est inter præsentis decennio, inter absentes viginti annis, usucapianitur; et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra quæ nostro Imperio gubernatur, dominia rerum, justâ causa possessionis præcedente, transferatur. (pp. *J. de usuc. et long. temp. præsc.*)

Ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis. (*Justin. L. 1, C. in fine de usuc. transf.*)

Que faut-il entendre par absens et présent en matière de Prescription?

Sancimus itaque debere in hujusmodi specie utriusque personæ, tam petentis quam possidentis, spectari domicilium.... et si uterque domicilium in eadem habeat provincia, causam inter præsentis esse videri, et decennii præscriptione agentem excludi.... Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera; tunc ut inter absentes causam disceptari, et locum esse viginti annorum exceptioni. (*Justin. L. 12, C. de præsc. 10 vel 20 ann.*)

La nouvelle Usucapion ou Prescription donne-t-elle le droit intégral de propriété alors même que la chose était grevée d'hypothèque quand l'Usucapion a commencé (1)?

Si quis emptionis, vel donationis, vel alterius cujuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit: posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus; hoc enim et veteres leges (si quis eas recte inspexerit) sanciebant. (*Justinian. L. 8, pp., C. de præsc. 30 vel 40 annor. Cf. Id. L. 2, C. de præsc. 10 vel 20 ann.*)

(1) *Quid* si l'hypothèque avait été consentie par l'ancien propriétaire depuis le commencement de l'*Usucapion*? Je pense, par argument de la *L. 25, § 2, de usuris*, que celui qui a usucapé étant réputé propriétaire du jour où la possession a commencé, l'hypothèque dont il s'agit serait tout-à-fait nulle.

De la Prescription exigeant trente années ou plus (1).

A. Du cas où l'on exige trente ans.

Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur (2)..... Eodem

(1) Suppléer par une plus longue durée de la possession à l'absence de certaines Conditions exigées pour la *Prescription ordinaire*, tel est l'objet de la Prescription de trente ou quarante ans. Il est évident qu'à l'exception des règles qui prescrivent ces Conditions et de celle qui fixe le temps nécessaire pour que la Prescription soit acquise, il faut appliquer à la *Prescription de trente ou quarante ans*, toutes les règles de la *Prescription* ou *Usucapion justinienne*. Si le plan de cet ouvrage n'excluait pas tout développement du Droit postérieur au siècle des jurisconsultes, nous aurions à rappeler ici les diverses circonstances dans lesquelles cette dernière Prescription ne pouvait avoir lieu, et à expliquer les cas où elle pouvait être suppléée par une Prescription plus longue; nous nous contenterons de faire remarquer :

1° que ces cas peuvent se diviser en deux classes, en raison des motifs différents qui avaient fait exclure la Prescription ordinaire, savoir : (a) la qualité de la personne que la Prescription dépouillerait, et (b) les caractères de l'événement qui a fait sortir la chose de la puissance du propriétaire ou de celle d'un possesseur intermédiaire ;

2° que malgré les inductions contraires qu'on pourrait tirer de quelques textes, et notamment de la *L. 7, C. de præsc. 30 vel 40 ann.*, qui permet au débiteur de prescrire la chose hypothéquée contre son créancier hypothécaire, la possession pour autrui, quelque longue qu'elle soit, ne peut jamais servir pour l'Usucapion, et de plus, qu'il ne suffit pas que le possesseur vienne à changer d'intention pour que l'Usucapion puisse commencer à courir : il faut que le changement soit arrivé à la connaissance du propriétaire.

(2) Malgré la généralité de ces expressions, l'on continua, soit à exiger un délai plus long dans un assez grand nombre de cas (parmi lesquels il faut placer d'abord celui de la *pupillarité* prévu dans la présente loi), soit même à considérer certaines actions comme imprescriptibles, puisque Justinien lui-même fut forcé de publier la *L. 4, C. de præsc. 50 vel 40 ann.*, que nous rapportons ci-après.

etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam, non a suo debitore (1), sed ab alio, per longum tempus possidente nititur vindicare..... Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari ætate duntaxat (quavis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctioni..... (*Honor. et Theod. L. 3, C. de præsc. 30 vel 40 ann.*)

B. Des cas où l'on exige quarante ans.

Quidquid autem præteritarum præscriptionum vel verbis vel sensibus minus continetur, implentes, per hanc in perpetuum valituram legem sancimus, ut si quis contractus, vel si qua sit actio, quæ cum non esset expressim supradictis temporalibus præscriptionibus concepta, quorundam tamen vel a fortuita vel ex cogitata interpretatione sæpe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur : huic saluberrimæ nostræ sanctioni succumbat, et quadraginta annorum curriculis procul dubio sopiatur, nullumque jus privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod prædictorum quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveatur. (2). (*L. 4, C. de præsc. 30 vel 40 ann.*)

C. La bonne foi est-elle exigée dans la Prescription de trente ou quarante ans, au moins pour que cette Prescription donne l'intégralité du droit de propriété.

Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus, vel is qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est : prædictum auxilium (3) non indiscrete, sed

(1) Le temps n'offrira-t-il donc au débiteur aucun moyen de repousser l'action hypothécaire de son créancier? V. la loi suivante.

(2) Cependant par la *L. 23, C. de sac. eccl.*, Justinien exigea cent années pour la Prescription de ces sortes de choses, mais il les replaça ensuite sous l'empire de la Prescription de quarante ans.

(3) L'empereur veut parler de l'action qu'il a accordée dans le commencement de la loi à celui qui a accompli la Prescription de dix ou vingt ans.

cum moderata divisione ei præstari censemus ; ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti præsidio ; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur : ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratæ exceptionis necessitate expulsus est, eodem modo detentionis sibi acquirat ; sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino, vel creditori qui nomine hypothecæ rem obligatam habuit, et hæredibus eorum, ab injusto detentatore eam vindicare : non obstante ei quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat ; nisi ipse injustus possessor triginta vel quadraginta annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est. (*Justin. L. 8, § 1 et 2, C. de præsc. 30 vel 40 ann.*)

Sed hæc super illis detentatoribus censemus, qui sine violentia eandem rem nacti sunt. Nam si quis violenter eam abstulerit, omnimodo licebit priori possessori sine ulla distinctione eam vindicare. (*Id., ibid., § 2.*)

ART. VI. ACQUISITION PAR SUITE D'UN AFFRANCHISSEMENT IRRÉGULIER.

Erat olim et alius modus civilis acquisitionis, per jus adcrescendi, quod est tale : si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, et socio adcrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, sævioribus autem dominis lucrum accedere : hoc quasi invidia plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur : libertate cum effectu procedente cujus favore antiquos legumlatores multa etiam contra communes regulas statuuisse manifestum est ; et eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente : et socio

indemni conservato, pretiumque servi secundum partem domini, quod nos definivimus, accipiente. (§ 4, *J. de donat.*)

§ III. ACQUISITIONS EN VERTU D'UN ACTE DE L'AUTORITÉ (1).

ART. 1^{er}. *Tradition, faite par le fisc ou par l'administration du domaine impérial, de choses appartenant à autrui.*

Edicto divi Marci cavetur, eum qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene propexit iis, qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid : ut ipsi quidem securi statim fiant, et victores existant, sive experiantur sive convenientur : adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones.

Nostra autem divina Constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui a nostra vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ Constitutionis continentur. (§ 14, *J. de usucap.*)

(1) La plupart des événemens dont nous allons parler sont ce qu'on appelle des *voies d'exécution*, c'est-à-dire des mesures par lesquelles on arrive à procurer aux créanciers ou autres ayant-droits, malgré la mauvaise volonté des personnes obligées ou tenues envers eux, sinon précisément le bien-être qui était l'objet du droit méconnu, au moins un équivalent ou partie d'un équivalent ; sous ce rapport ils appartiennent donc au *Traité des Actions* ; en conséquence, nous nous contenterons d'en donner ici une idée, et nous renverrons les développemens à notre V^e Section.

ART. II. *Ventes faites par l'autorité du magistrat* (1)
(auctio, hastæ solennitas, emptio sub corona) :

Hastæ subijciebantur ea quæ publice venundabant, quia signum præcipuum est hasta. (*Festus*, v° *Hastæ*.)

Antiquitus mancipia jure belli capta, coronis inducta veniebant, et idcirco dicebantur sub coronis vænire. (*Aul. Gell. VII*, 4. Cf. *Varro, de re rust. II*. 10.)

(a) pour subvenir aux frais funéraires ;

Prætor vel magistratus municipalis ad funus sumptus decernere debet : si quidem est pecunia in hæreditate, ex pecunia ; si non est, distrahere debet ea quæ tempore peritura sunt, quorum retentio onerat hæreditatem ; si minus, si quid auri, argentique fuerit, distrahi, aut pignerari jubebit, ut pecunia expediatur (*Ulp. L. 12*, § 6, *de relig. et sumpt. fun.*) vel a debitoribus, si facile exigi possit. (*Gaius, L. 13*, *de relig. et sumpt. fun.*)

Et si quis impediat eum qui emit, quominus ei res tradantur, Prætorem intervenire oportere, tuerique hujusmodi factum, si quid impediat quominus ei res venditæ tradantur. (*Ulp. L. 14*, pp. *de relig. et sumpt. fun.*)

V. en outre les LL. 3, 4, 5, 6 et 7. C. de fide et jure hastæ.

(b) par suite de confiscation, ou pour satisfaire aux prétentions du fisc agissant comme créancier ;

..... hasta posita pro æde Jovis statoris bona Cn. Pompei magni voci acerbissimæ subjecta præconis..... (*Cicer. Philip. 2.*)

(1) Il y a tout lieu de croire que la Tradition n'était pas nécessaire pour transférer la propriété, toutes les fois qu'il y avait adjudication publique. V. cependant ci-dessous la L. 14, pp. *de relig.*

(c) *par suite de la sentence du Juge (1), ou bien après l'envoi en possession rei servandæ causa.*

Cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus qui ita decrevit, venundari solet, non per eum qui judicatum fieri postulavit..... (*Alexand. L. 2, si in causa judic. et Cf. — L. 13, C. de evict.*)

Ait Prætor : « Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitrato non defendatur, ejus bona possideri vendique jubebo. » (*Ulp. L. 7, § 1, quib. ex. caus. in poss.*)

(d) *Quid de la vente qui avait lieu par suite de l'action hypothécaire (2)?*

V. L. 4, de distrac. pig.

(e) *Quid en cas de vente des biens pupillaires (3)?*

V. ci-dessus, p. 339, L. 2, § 8, pro empt., et p. 285, L. 45, de adq. poss.

(1) Dans le cas où la sentence du Juge intervient sur une revendication, il me semble qu'elle ne peut être considérée comme une manière d'acquiescer la propriété ; en effet, en vertu de la maxime : *res judicata pro veritate habetur*, alors même que le Juge se serait trompé en me déclarant propriétaire, on ne pourrait pas encore dire que sa sentence m'a donné la propriété. *V. L. 3, § 3, de rebus eorum qui sub. V.* aussi la *L. 7, § 7, de publ. in rem act.*, dans laquelle le serment a été, sans doute, suivi d'un prononcé du Juge : si après le serment prêté, les parties se désistaient, il faudrait alors considérer ce qui s'est passé comme une *transaction*, et cela rentrerait, soit dans l'article *Tradition*, soit dans l'article *Simple consentement*, lorsque le serment a été favorable à celui qui était déjà en possession.

(2) Il paraît que le créancier avait droit de vendre sans intervention de justice, et qu'alors il transférait la propriété à l'acquéreur par la *Tradition*.

(3) La *L. 2, § 8*, prouve que les biens du pupille étaient quelquefois vendus aux enchères publiques, mais nous ne voyons pas dans quel cas il fallait que la vente fût faite de cette manière, et dans quels cas elle pouvait être faite autrement.

ART. III. *Ductio Prætoris jussu dans le cas de l'action noxale* (1).

Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit : si quidem dominus non negat in sua potestate esse ; compellandum putat Vindius, vel judicio eum sisti promittere, vel judicium accipere ; aut si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit se exhibiturum ; sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum judicium sine noxæ deditione : idque Julianus scribit, et si dolo fecerit quominus in ejus esset potestate. Sed si servus præsens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, *ducendus erit jussu Prætoris* : sed, causa cognita, domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt ; ne ei absentia sua noceat. Ergo et actori actio restituenda est, perempta, eo quod *ductus servus in bonis ejus esse cæpit*. (Paul. L. 2, § 1, *si ex noxal. caus.*)

Quid dans le cas de l'Addictio ob furtum ?

V. ci-dessus la note de la page 82.

ART. IV. *Missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine* (2).

Posteaquam autem quis possidere jure dominii (3) a Præ-tore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi.

(1) Il s'agit ici du cas où celui contre qui la *Ductio* est ordonnée est propriétaire de l'esclave ; nous avons vu plus haut que lorsqu'il s'agissait d'un simple possesseur, il y avait lieu seulement à *usucapion*, mais que cette *usucapion* n'exigeait point ce qu'on appelle la condition de *bonne foi*.

(2) Même observation que pour la *Ductio*. V. ci-dessus, p. 575.

(3) Il est évident qu'il ne s'agit ici que du domaine *bonitaire*. V. ci-dessus, p. 515.

Et ita Labeo. Cæterum nullus, inquit, finis rei invenietur. Et est hoc verissimum, seposito eo quod quibusdam, vel ætate, vel qua alia justa causa subvenitur. (*Ulp. L. 15, § 33, de dam. infect.*)

V. ci-dessus, pag. 304 et 305, les § 5 et 16 de la même L. 15.

ART. V. Addictio pignoris creditori auctoritate Principis.

In causa judicati pignora ex auctoritate Præsidis capta, potius distrahi, quam jure domini possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate Principis dominium creditori addici solet. (*Gordian. L. 3, C. si in causa judic.*)

Quid du cas où la chose hypothéquée est adjugée au créancier hypothécaire ?

Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam, quemadmodum habiturus sit, quæritur : nam dominium ejus vindicare non potest ; sed hypothecaria agere potest : et si exceptio objicietur a possessore rei judicatæ, replicet, si secundum me judicatum non est. (*Marcian. L. 16, § 5, de pign. et hyp.; Cf. L. 12, pp. qui pot. in pign.*)

ART. VI. Adjudication en cas de partage d'hérédité ou de chose commune, ou en cas de bornage de fonds voisins.

Adjudicatione dominia nanciscimur per formulam familiæ erciscundæ, quæ locum habet inter cohæredes ; et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios ; et per formulam finium regundorum, quæ est inter vicinos. Nam si judex uni ex hæredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, statim illi acquiritur, sive Mancipi, sive nec Mancipi sit. (*Ulp. 19 frag., § 16, Cf. § 7, J. de offic. jud.*)

SECONDE CLASSE.

ACQUISITIONS PAR DÉCÈS EN GÉNÉRAL, ET ACQUISITIONS ENTRE VIFS
PER UNIVERSITATEM (1).

. Si cui hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis (2), vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint : ejus res omnes ad vos trans-eunt..... (§ 6, *J. per quas person.*)

..... Legatorum jus, quo et ipso singulæ res vobis adquirentur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, ... referemus. (*Ibid. eod.*)

Lege nobis acquiritur, velut caducum vel creptorium ex lege Papia-Poppea, item legatum ex lege duodecim tabularum, sive mancipi res sint, sive nec mancipi. (*Ulp. 19 fragm. § 17.*)

Hodie ex constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus. (*Ulp. 17 fragm. § 2.*)

(1) Les acquisitions *per universitatem* sont celles qui ont pour objet l'universalité des droits transmissibles d'une personne, et qui entraînent en général en même temps la soumission de celui qui acquiert aux obligations de celui qui transmet. — La principale manière d'acquérir par décès est une manière d'acquérir *per universitatem*. — Nous avons cru devoir, d'une part, réunir toutes les acquisitions *per universitatem*, et, d'autre part, ne point séparer les acquisitions par décès. Les unes et les autres seront donc l'objet de la V^e Section de cette Chrestomathie; mais, comme en acquérant le droit, très-complexe, de *représentant d'une autre personne*, on acquiert la propriété, toutes les fois que celui qu'on représente était propriétaire, nous avons dû au moins indiquer ici ces événements comme formant une classe de *manières d'acquérir la propriété*.

(2) Dans le nouveau Droit, l'adrogation n'était plus une manière d'acquérir la propriété; elle conférait seulement un démembrement de la propriété.

SECONDE PARTIE DU TITRE TROISIÈME.

MANIÈRES DE PERDRE LA PROPRIÉTÉ.

A. Une autre personne acquérant ce que nous perdons.

V. ci-dessus, p. 282 et suivantes, tout le Chapitre des Manières d'acquérir dérivées.

B. Sans qu'une autre personne acquière le domaine.

I. Derelictio.

Sed Proculus, non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit : Julianus, desinere quidem emit-tentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit : et recte. (*Paul. L. 2, § 1, pro derelic.*)

Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id (in numero) rerum suarum esse no-lit : ideoque statim dominus ejus esse desinit. (§ 47, *J. de rer. div.*)

V. ci-dessus, p. 286, L. 9, § 7, de adq. rer. dom.

II. Choses tombées au pouvoir de l'ennemi.

V. L. 19 et 30, de capt. et postl. (1).

(1) Il en est autrement des choses qui tombent au pouvoir des pirates ou autres brigands. — Remarquez que le propriétaire conserve la chance de recouvrer, par le *jus postliminii*, sa chose tombée au pouvoir de l'en-nemi. (V. L. 22, in fin., et L. 25, fam. ere.)

III. *Évasion des animaux sauvages.*

Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur donec nostra custodia coercetur. Cum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. (*Gaius, L. 3, § 2, de adq. rer. dom.*)

In iis autem animalibus quæ ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant, et fiant occupantium : revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint. (*Gaius, 2 Com. § 68.*)

V. ci-dessus, p. 215.

IV. *Prisonniers de guerre cessant d'être en notre puissance et jouissant du jus postliminii.*

..... liberi homines in servitutem nostram deducti.... si evaserint nostram custodiam et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt. (§ 17, *J. de rer. div.*)

V. *Animaux domestiques enlevés par des animaux sauvages.*

Sed et si quid e pecoribus nostris a bestia ereptum sit, venire in familiæ ereiscundæ judicium putat, si feram evaserit : nam magis esse ut non desinat nostrum esse, inquit, quod a lupo eripitur, vel alia bestia, tandiu quandiu ab eo fuerit consumptum. (*Ulp. L. 8, § 2, famil. ereisc. Cf. L. 44, de adq. rem dom.*)

Quid des objets jetés ou tombés dans la mer ou dans un fleuve?

Alia (1) sane causa est earum rerum quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur : hæ enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat ; qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt. (§ 48, *J. de rer. div.*)

V. ci-dessus, p. 242, L. 13, pp. de adq. poss.

Quid du terrain envahi par un fleuve ?

Novus alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est, publicus. (§ 23, *J. de rer. div. Cf. § 24, seq.*)

VI. Publicatio bonorum.

Damnatione bona publicantur, cum, aut vita adimitur aut civitas, aut servilis conditio irrogatur. (*Callist. L. 1, pp. de bon. damn.*)

VII. Choses devenues res divini juris.

V. ci-dessus, p. 217, L. 30, § 1, de adq. poss.

VIII. Esclave affranchi par la volonté ou contre le gré du maître.

V. ci-dessus, p. 41, Comment on cesse d'être esclave ; V. en outre, p. 385, le § 4, J. de donat.

(1) Le jurisconsulte vient de parler des choses abandonnées ; voyez ci-dessus, page 390, § 47, *J. de rer. divis.*

TITRE QUATRIÈME.

DES DÉMEMBREMENS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ QUI ONT LE CARACTÈRE DE DROIT ABSOLU (1); COMMENT ON LES ACQUIERT ET COMMENT ON LES PERD.

(1) Nous avons dit ci-dessus (*page 187*) que le droit de Propriété est un droit fort complexe et dont les élémens sont susceptibles de se partager entre diverses personnes.

Toutes les fois que ce partage a lieu, c'est-à-dire toutes les fois qu'une personne a droit de recueillir une partie des avantages attachés au titre de propriétaire, tandis que le surplus de ces avantages est dévolu à une ou plusieurs autres personnes, il y a autant de *démembrements* du droit de Propriété qu'il y a de personnes appelées à profiter des avantages de la même chose.

Ces démembrements sont *absolus* ou *relatifs* :

Lorsque le droit qu'a un individu de retirer d'une chose tout ou partie des avantages qu'elle peut offrir, n'empêche point un ou plusieurs autres individus d'être considérés, *vis-à-vis des tiers*, comme ayant la propriété intégrale de cette chose, lorsque ce droit ne peut aboutir qu'à une condamnation contre celui ou ceux à qui *vis-à-vis des tiers* le droit intégral est réputé appartenir, il n'existe au profit du premier individu qu'un *démembrement relatif*.

Au contraire, il y a *démembrement absolu* au profit de la personne qui peut exiger de tout le monde en général, et non pas seulement de tel individu ou de quelques individus déterminés, qu'il ne soit apporté aucun obstacle à l'exercice qu'il prétend faire de tel ou tel droit élémentaire du droit de propriété.

Les *démembrements relatifs* appartiennent à notre Section III^e (*Traité des Obligations*) : il ne doit être question ici que des *démembrements absolus*.

Dans les écrits des jurisconsultes romains il n'y a qu'un très-petit nombre de ces démembrements qui apparaissent sous le titre de *droits (jura)*. Plusieurs d'entre eux, tels que le *gage* ou l'*hypothèque* proprement dite et l'*emphytéose* (V. *Gaius*, 3^e *Com.*) ayant pour origine (soit unique, soit du moins la plus ordinaire) la *convention*, avec ou sans *tradition*, les jurisconsultes se sont contentés d'expliquer, dans le *Traité des Obligations*, la *convention* particulière qui les fait naître, en ajoutant, dans

ART. I^{er}. DROIT DE POSSESSION.

V. ci-dessus tout le TITRE SECOND, et notamment, p. 215, et 262, note 1.

ART. II. DROIT DE CO-PROPRIÉTÉ.

§ I^{er}. *En quoi consiste le droit de Co-propriété.*

V. ci-dessus, pag. 201, L. 66, § 2, de *legat.* 2^o; V. aussi L. 16, pr. *famil. ercisc.*; L. 19, si *servit. vindic.*; L. 9, § 8, *comm. divid.*; L. 3

le *Traité des Actions*, qu'une action *in rem* (laquelle suppose nécessairement un *droit absolu*) peut naître à la suite de cette convention.

Il est même quelques démembrements dont il n'est question, et encore seulement d'une manière implicite, que dans le *Traité des Actions*.

Nous avons cru devoir suivre une autre méthode; nous indiquerons ici les principaux cas dans lesquels, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'actes émanés de simples particuliers, il existe des démembrements du droit de propriété ayant le caractère de droits absolus. (V. ci-après la note 3 de la page 401.)

Mais, en conséquence des réflexions qui précèdent, on conçoit que nous n'aurons souvent à rapporter ou à citer que des textes justificatifs bien peu explicites.

Quelle est au surplus la nature de ces textes? Contiennent-ils simplement, soit des applications faites par les jurisconsultes des dispositions vraiment législatives, soit des interprétations de la volonté des particuliers? Quelle utilité leur étude peut-elle offrir aux jurisconsultes modernes? C'est une question qui appartient à nos *Prolégomènes*, et qui rentre dans une question plus générale dont nous nous sommes occupé dans une Dissertation publiée sous le titre d'*Essai sur les Contrats nommés*.

Nous terminerons cette note en faisant observer que le partage du droit de propriété entre diverses personnes établit presque toujours entre ces personnes des *droits relatifs*, en d'autres termes, des *obligations*, qu'il est nécessaire d'expliquer en même temps qu'on détermine l'étendue du *droit absolu* appartenant à chacune de ces personnes: on ne sera donc pas surpris de trouver ici quelques anticipations sur les matières qui appartiennent à notre Section III^e.

§ 2, *qui pot. in pign.* : L. 7, § 4, *quib. mod. pign.* : L. 26, *de servit. præd. urb.*, et L. 13 *eod.* : V. en outre, comme offrant un exemple de *droits relatifs* qui se mêlent aux démembrements de la propriété, la L. 4, *de rei vind.*

§. II. *Comment on l'acquiert et comment on le perd* (1).

Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est; nam et hoc casu communem esse speciem non dubitatur. — Quod si fortuito, et non voluntate dominorum (2), confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ,

(1) Il paraît que les jurisconsultes romains n'ont pas hésité à appliquer à la *Co-propriété* les modes d'acquisition qui concernent la propriété intégrale, toutes les fois que la nature même des choses ne s'y opposait pas.

Les événemens qui établissaient la *Co-propriété* étaient plus nombreux en Droit romain que dans les législations modernes : en effet, outre les Successions et les Legs qui, chez les modernes, se placent en première ligne parmi ces événemens, l'acquisition par les esclaves était à Rome une source très-fréquente de *Co-propriété* : l'esclave commun à plusieurs maîtres acquérant à chacun d'eux proportionnellement à la part de domaine qu'il avait sur cet esclave.

L'acquisition par les esclaves a été expliquée dans le PREMIER LIVRE (pag. 95 et suiv.). Pour l'acquisition par Succession ou Legs, voyez notre Section V.

Quant aux manières de perdre, presque toutes celles qui concernent la propriété intégrale sont applicables à la *Co-propriété* : nous signalons, comme manière particulière à ce dernier droit, le *partage*, dont il sera question principalement dans la Section V; voyez aussi ci-dessus, p. 583, le § 4, *J. de don.*

(2) Il y a une troisième hypothèse, c'est celle où la confusion s'est opérée par la volonté d'un seul des propriétaires; on décide alors : 1° pour

vel diversæ, idem juris (1) esse placuit. (§ 27, *J. de rer. divis. Cf. Gaius, L. 7, § 8 et 9, de rer. vind.*)

Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit : si quidem voluntate vestra, commune est ; quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. — Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit : arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet quale cujusque frumentum fuerit. (§ 28, *J. de rer. divis. Cf. Ulp. L. 5, pp. de rei vind.*)

ART. III. DROIT D'EMPHYTÉOSE (2).

§ 1^{er}. *En quoi ce droit consiste.*

Agri civitatum, alii vectigales (3) vocantur, alii non. Vec-

le cas où il est résulté de cette confusion une espèce nouvelle, 2^o aussi peut-être pour le cas où les matières ne peuvent être séparées, que les matières réunies appartiennent exclusivement à l'auteur de la confusion. (*V. ci-dessus, p. 299, le § 25, J. de rer. divis.*)

(1) Il ne faut pas prendre cette proposition à la lettre, car il résulte des *L. 27, § 1, de adq. rer. dom., L. 5, § 1, L. 4, L. 5 et L. 12, § 1, de rei vind.*, que dans ce cas (qui embrasse et le fait d'un tiers et tout événement indépendant de la volonté de l'homme) il n'y a point *co-propriété* : 1^o si les choses peuvent être séparées, 2^o, dans la supposition qu'elles ne puissent pas l'être, si la confusion opérée par un tiers a produit une espèce nouvelle.

(2) *Emphytéose* vient du verbe grec *ἐμψυεύω*, qui signifie *cultiver, améliorer*. Ce mot désigne tout à la fois une certaine convention et le droit qui en résulte.

(3) Il paraît que le contrat d'*emphytéose* fut imaginé comme un moyen

tigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est, ea lege ut tandiu pro illis vectigal pendatur, quandiu neque ipsi qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, uti privatim agros nostros colendos dare solemus. (*Paul. L. 1, pr. si ager vectig. Cf. Gaius, 3 com. 145.*)

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem (1); sed et adversus ipsos municipales. (*d. L. 1, § 2; Cf. Macer, L. 15, § 1, qui satisd. cog. citée cidessus, p. 220.*)

Ita tamen, si vectigal solvant. (*Ulp. L. 2, eod.*)

Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus? Et Julianus, libro trigesimo octavo Digestorum, scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia ali-

d'encourager les particuliers à se charger du défrichement des terres incultes appartenant aux cités; les preneurs à bail emphytéotique acquerraient par ce contrat presque tous les avantages de la propriété, sous la condition de payer une rente annuelle, appelée *vectigal* (on l'appella aussi *canon*), d'où ces terres furent appelées *agri vectigales*. (*V. Burmann, de Vectigalib. pop. Rom. C. 1, 2, 3.*) Plus tard, ce contrat fut étendu aux patrimoines des particuliers.

(1) Cette action une fois accordée, le contrat d'*emphytéose*, qui dans l'origine n'était peut-être, ainsi que le bail ordinaire, considéré que comme constituant un rapport particulier entre le propriétaire et l'emphytéote, a été incontestablement la source d'un droit *absolu*; aussi Ulpien, dans les textes que nous allons rapporter, n'hésite pas à présenter le droit de l'emphytéote comme un *jus in re*, c'est-à-dire comme un droit qui s'énonçait *quasi rei subjectio* et non comme un simple rapport légal entre une personne et une autre personne déterminée. (*V. Thémis, t. VIII, 2^e partie, p. 1 à 30.*)

quod jus in eo is qui legavit habet, valere legatum. (*Ulp. L. 71, § 5, de legat. 1^o.*)

Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus quod in vectigalibus fundis habemus. (*Ulp. L. 71, § 6, eod.*)

Si jus ἐμphyτευτικὸν vel ἐμβρατευτικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, quamvis jus prædii potius sit. (*Ulp. L. 3, § 4, de reb. eor. ; Cf. L. 15, § 26, de damn. infect. et L. 12, C. de fund. patrim.*)

§ II. Comment s'acquiert et comment se perd le droit d'Emphytéose (1).

..... In quibusdam causis quæri solet utrum emptio venditio contrahatur, an locatio-conductio : veluti si qua

(1) Il est évident que la nature des choses s'oppose à ce que l'on applique à l'acquisition de l'Emphytéose les modes *originaires* d'acquérir la propriété intégrale. Quant aux manières dérivées, nous ne voyons, parmi celles qui ont lieu *entre vifs*, que la Tradition ou le simple Consentement et la Prescription qui soient susceptibles de s'appliquer à l'Emphytéose; encore n'avons-nous, pour la Prescription, aucun texte formel à citer. Ceux que nous rapportons ici laissent dans le doute la question de savoir si le Consentement, pour lequel Zénon paraît exiger l'écriture, suffit, ou si le Consentement a besoin d'être suivi de Tradition.

Parmi les manières qui ont lieu *par décès*, le Legs semble pouvoir constituer un droit d'Emphytéose tout aussi bien qu'un droit de Servitude.

Au reste, il y a tout lieu de penser qu'on n'a jamais songé à appliquer à l'Emphytéose, ni la Mancipation, ni la *Cessio in jure*, ni l'ancienne Usucapion.

L'extinction du droit d'Emphytéose par l'expiration du temps fixé ou par le non-paiement de la rente est une simple conséquence du contrat. — En décidant que la perte d'une partie de la chose ne dispense pas l'emphytéote de payer la totalité du *canon*, Zénon s'est rapproché des principes du contrat de vente.

res in perpetuum locata sit : quod evenit in prædiis municipum quæ ea lege locantur ut, quamdiu is vectigal præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, prædium auferatur? Sed magis placuit locationem-conductionem esse. (*Gaius, 3 Com. § 145.*)

Jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse tituli adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum : conceptionem (item) definitionemque habere propriam, et justum esse validumque contractum, in quo cuncta quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente, habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri. (*Zen. L. 1, C. de jure emphyteutico. Cf. § 3, J. de locat. conduct.*)

.... ita ut si interdum ea quæ fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta : si quidem tanta emergerit clades, quæ prorsus etiam ipsius rei quæ per emphyteusin data est, faciat interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino qui quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Sin vero particulare, vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus lædatur substantia ; hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. (*Id., ibid., in fide.*)

Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate..... jus emphyteuticum in alium transferre, an ejus expectare consensum : sancimus, siquidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari. Sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est : minime licere emphyteutæ sine consensu domini..... jus emphyteuticum transferre. (*Justin. L. 3, C. de jur. emphyt.*)

ART. IV. DROIT DE SUPERFICIE.

§ I. *En quoi ce droit consiste.*

Superficiarias ædes appellamus, quæ in conducto solo

positæ sint, quarum proprietas, et civili et naturali jure, ejus est cujus et solum. (*Gaius, L. 2, de superfic. Cf. L. 73, § 1, et L. 74, de rei vindic.*)

N° I. *Droits du superficiaire.*

..... cæterum, superficiarii proprio interdicto, et actionibus a Prætorè utentur : dominus autem soli, tam adversus alium, quam adversus superficiarium, potior erit interdicto *Uti possidetis* ; sed Prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis..... (*Ulp. L. 3, § 7, uti possidet. ; Cf. d. L. § 5, et L. 1, pr. de superfic.*)

Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est. Nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto, agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur. Sin autem ab alio prohibeatur, præstare ei actiones suas debet dominus, et cedere (1). Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere, potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri. (*Ulp. L. 1, § 1, de superfic.*)

Quod ait. Prætor : *Si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo* : sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio (2). Et sane, causa cognita, ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet. (*d. L. 1, § 3.*)

(1) Il paraît bien résulter de ce texte que, dans l'origine, le *droit de superficie* n'était qu'un droit *relatif* ; le Præteur commença à donner à ce droit le caractère de *droit absolu* au moyen d'un interdit ; il finit par accorder au superficiaire une action *in rem*.

(2) Le droit de superficie ne sera alors qu'un droit *relatif*, à moins que le Præteur n'accorde l'*interdit* envers tout le monde.

Is autem in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione : sed habet in rem, qualem habet de solo. Plane si adversus superficiarium velit vindicare, dicendum est exceptione utendum in factum data : nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. (*d. L. 2, § 4; Cf. L. 12, § 3, de public.*)

Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum, sive usum quemdam ejus esse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est. (*d. L. 2, § 6.*)

Servitudes quoque prætorio jure constituuntur : et ipsæ, ad exemplum earum quæ ipso jure constitutæ sunt, utilibus actionibus petentur. Sed et interdictum de his utile competit. (*d. L. 2, § 9.*)

Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari, et donari possit. (*d. L. 2, § 7.*)

Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest : ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. (*Paul. L. 15, qui pot. in pign.*)

Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nunciare? Movet quod quasi inquilinus sum ; sed Prætor mihi utilem in rem actionem dat : et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et operis novi nunciatio debet mihi concedi. (*Ulp. L. 3, § 3, de oper. nov.*)

Obligations du superficiaire (1).

V. *Ulp. L. 1, § 1, de superf. cit. ci-dessus.*

(1) Voyez la fin de la note 1 de la p. 393. Il est évident que les obligations du superficiaire varient suivant que son droit existe en vertu d'un bail ou en vertu d'une vente. — Si le droit de superficie peut être établi par testament, c'est l'intention du testateur qu'il faudra consulter pour connaître les obligations du superficiaire. — Aucun texte n'annonce qu'il existât d'autres manières d'acquérir le droit de superficie que les conventions ou les actes de dernière volonté.

§ II. Comment on acquiert et comment on perd le droit de superficie (1).

V. encore *Ulp. L. 1, pr. et § 1, de superfic.*

ART. V. SERVITUDES.

PR.

Servitudes aut personarum sunt, ut usus et usufructus (2); aut rerum, ut servitudes rusticorum prædiorum et urbanorum. (*Marcian. L. 1, de servitut.*)

(1) Voyez la note précédente, et remarquez bien que le droit de *Superficie* ayant pour objet principal l'édifice construit sur le fonds d'autrui, ce droit ne peut exister tant qu'il n'y a pas de construction, et il ne survit pas à la destruction de l'édifice superficiaire (*argum. L. 39, § 2, ff. de damn. inf.*, dans laquelle je pense qu'il faut lire *ita* au lieu de *solo*.)

Il résulte de la *L. 2, § 7*, citée ci-dessus que le droit du superficiaire se transfère comme le droit de propriété.

Si ce droit appartient à plusieurs personnes, il pourra se perdre par l'effet du *partage*. (*V. L. 1, § 8, h. t.*)

(2) N'y a-t-il pas *Servitude personnelle* toutes les fois qu'il y a démembrement de la propriété, non pas au profit d'un fonds, mais seulement dans l'intérêt d'une personne déterminée? Pourquoi les droits de *Superficie* et d'*Emphytéose* ne sont-ils pas qualifiés *Servitudes*? — Il me semble qu'il faut chercher la solution de ces questions dans le système primitif de la procédure romaine : il ne suffisait pas qu'un droit eût été créé pour que la violation de ce droit engendrât une action, il fallait qu'une formule eût été composée exprès pour cette violation, ou se trouvât composée de manière à s'y adapter. Or, on ne sentit pas le besoin de faire pour les démembrements de la propriété ce qu'on fit pour les droits relatifs, c'est-à-dire, d'imaginer une formule assez générale pour l'adopter aux diverses combinaisons que des besoins nouveaux ou même le simple caprice des particuliers pouvaient introduire ; on ne s'occupa de garantir par des actions *in rem* que les démembrements d'un usage fréquent ; les autres restèrent en conséquence dans la catégorie des droits *relatifs* ; et si quelques-uns en sortirent, comme l'*Emphytéose*, dans les derniers temps du Droit, ils trouvèrent une nomenclature et des classifications arrêtées, et ne parvinrent pas à obtenir le rang et la dénomination qui convenaient à leur nouvelle nature.

§ I. Définition des diverses espèces de Servitudes.

N°. I. Caractères généraux communs à toutes les Servitudes.

Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat) sed ut aliquid patiat, aut non faciat (1). (*Pomp. L. 15, § 1, de servit.*)

.....Nulli res sua servit. (*Paul. L. 26, de servit. urban. præd.*)

Quotiens nec hominum, nec prædiorum servitudes sunt quia nihil vicinorum interest, non valet : veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas..... (*Pompon. L. 15, pp., de servitut. Cf. L. 19, eod.*)

N°. II. Servitudes personnelles.

1°. USUFRUIT.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. (*pp. J., de usuf.*)

A. Sur quelles choses on peut établir un Usufruit.

Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis et jumentis et cæteris rebus, exceptis iis quæ ipso usu consumuntur (2), nam hæ res ne-

(1) Ce principe souffre exception pour la servitude *oneris ferendi*.

(2) Néanmoins, comme il arrivait souvent que, dans leurs dispositions de dernière volonté, les particuliers se servaient du mot *usufruit* à l'occasion de ces sortes de choses, on crut pouvoir donner effet à ces dispositions, en les interprétant en ce sens que le légataire acquerrait la propriété des choses léguées, sous l'obligation d'en restituer l'équivalent dans

que naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum ; quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta ; quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur..... (§ 2, J., eod.)

B. *Droits de l'usufruitier.*

Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet : pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sint ; sed, ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptæ, potest usufructuarius conductorem repellere. (*Paul. L. 59, § 1, de usuf.*)

Sed si lapidicinas habeat, et lapidem cædere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias : quam sententiam puto veram. (*Ulp. L. 9, § 2, de usuf.*)

Sed si metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri reliquatur ususfructus non partium, continentur legato. (*Ulp. L. 9, § 3, de usuf.*)

Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit, tractari. Et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. — Sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat : esse enim veluti proprium fundum cujus ususfructus ad te non pertineat. Quæ sententia non est sine ratione : nam ubi latitat incrementum, et ususfructus augetur : ubi autem

les mêmes cas et aux mêmes époques où cesse l'usufruit proprement dit. Le Sénat, en confirmant cette interprétation, imposa au légataire l'obligation de donner *caution* pour assurer cette restitution. (*V. d. § in fin.; Cf. L. 1, C. de usuf. et hab.*)

apparet separatum, fructuario non accedit. (*Ulp. L. 9, § 4, de usuf.*)

V. ci-dessus, p. 301, le § 37, *J. de rer. div.*, dont voici la fin ;

..... absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit (1).

Usufructuarius, vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere, potest : nam et qui locat, utitur ; et qui vendit, utitur. (*Ulp. L. 12, § 2, de usuf.*)

Is ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit ; et ideo licet, maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur..... (§ 36, *J. de rer. divis. Cf. Julian. L. 25, § 1, de usuris ; et Paul. L. 13, quib. mod. usuf.*)

C. Obligations de l'usufruitier (2).

Si cujus rei ususfructus legatus sit, æquissimum Prætori visum est, de utroque legatarium cavere : *et usurum se boni viri arbitratur ; et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit.* (*Ulp. L. 1, pr. usuf. quemad.*)

Hæc stipulatio, sive mobilis res sit, sive soli, interponi debet. (*Ulp. d. L. 1, § 1.*)

Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, re-

(1) Cette raison n'est pas la véritable, car, sous beaucoup de points de vue, les esclaves sont assimilés aux choses (*V. L. 2, § 2, ad leg. Aquil.*). La véritable raison se tire de cette considération, que l'usufruitier n'a droit qu'aux fruits, et que c'est en général la destination des choses qui donne à leurs produits le caractère de fruits : or, nous n'avons pas des esclaves pour faire des enfans, mais bien pour travailler ; par conséquent les enfans des esclaves ne doivent pas tomber dans les fruits. Ce raisonnement est tiré d'Ulpien, *L. 27, de hæred. petit.*

(2) *V.* ci-dessus, p. 394, la fin de la note 1.

ficere quoque eum ædes per arbitrum cogi, Celsus, libro decimo octavo Digestorum, scribit : hactenus tamen, ut certa tecta habeat ; si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere : sed si hæres refecerit, passurum fructuarium uti. Unde Celsus de modo certa tecta habendi quærit ? Si quæ vetustate corruerunt, reficere non cogitur : modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscat, usufructu legato : utputa stipendium..... (*Ulp. L. 7, § 2, de usuf. et quem.*)

Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submettre debet (ut Juliano visum est) ; et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere : recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet. (§ 58, *J. de rer. divis. Cf. Ulp. L. 68, § 2, de usuf., et Cels. L. 9, eod.*)

Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii, eversas, ab eo substitui non placet. (*Paul. L. 59, de usuf.*)

Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usumfructum derelinquere paratus sit : debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit et ipse facere. (*Pomp. L. 65, pr. de usuf.*)

Non magis hæres reficere debet quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator, quam si proprietatem alicui testator legasset. (*Pomp. L. 65, § 1, de usuf.*)

2°. USAGE ET HABITATION (1).

Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu. (*Gaius, L. 1, § 1, de usu et habit. Cf. Ulp, L. 14, § 1, eod.*)

Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fruc-

(1) Il est difficile de concevoir comment on est arrivé à établir, entre l'*Usus* d'une maison et l'*Habitatio*, les différences que nous trouvons indiquées dans les textes du Droit romain, et notamment dans la *L. 10, pp. de usu et hab.*, citée ci-après, p. 409.

tum, longeque, nemo dubitat. Sed quid in ea causa sit, videndum? Et Labeo ait, habitare eum in fundo posse, dominumque prohibiturum illo venire (1), sed colonum non prohibiturum, nec familiam, scilicet eam quæ agri colendi causa illic sit. Cæterum, si urbanam familiam illo mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familiam prohibendam ejusdem rationis est. Idem Labeo ait, et cella vinaria et olearia eum solum usurum : dominum vero invito eo non usurum. (*Ulp. L. 10, § 4, de usu et hab.*)

Præter habitationem, quam habet cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi jus habebit. Sabinus et Cassius, et lignis ad usum cottidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua, usurum (2) : non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem Nerva : et adjicit stramentis etiam usurum, sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus, usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Pro-

(1) Bien entendu, quand le maître viendra dans un but autre que celui de s'occuper de la culture du fonds et de la perception des fruits. (*V. § 1, J. de usu et hab.*)

(2) A la rigueur, l'usager ne devrait avoir aucun droit aux fruits ; mais, alors le droit d'usage se réduirait à peu près à rien à l'égard d'un grand nombre de choses. Aussi, comme la constitution de l'*usus* séparé du *fructus* ne se présentait guère que dans les testaments, où ce droit était ordinairement accordé à une personne (par exemple, la veuve du testateur) qui, à raison de ses relations de parenté ou d'alliance, soit avec le défunt lui-même, soit avec ses héritiers ou légataires, avait droit à des égards de la part de ces mêmes héritiers ou légataires, on pensa que ce serait mal interpréter la disposition du testateur que de refuser à l'usager toute participation aux fruits : *neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum*, dit Ulpien, *L. 12, § 2, de usu et habit.* — Au reste, les considérations de ce genre ayant pu, suivant les circonstances et les époques, exercer plus ou moins d'influence sur l'esprit des jurisconsultes, on ne sera point surpris des contradictions que présentent les textes qui ont pour objet de déterminer l'étendue du droit d'Usage.

culus hoc amplius : etiam ex his quæ in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumpturum ; et ex his quæ Nerva negavit. Jubentius etiam cum convivis et hospitibus posse uti ; quæ sententia mihi vera videtur : aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus cui relictus et usus. Sed utetur is (ut puto) dumtaxat in villa. Pomis autem, et oleribus, et floribus, et lignis, videndum utrum eodem loco utatur dumtaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint ? Sed melius est accipere et in oppidum ei deferenda (neque enim grave onus est horum), si abundant in fundo. (*Ulp. L. 12, § 1, de usu et hab.*)

Item is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet ; nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur ut hospitum ei recipere liceat ; sed cum uxore sua, liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habet. Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare licet. (*§ 2, J. de usu et hab.*)

Sed si pecorum, veluti ovium, usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Planè ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest. (*§ 4, J. de usu et hab.*)

Item is ad quem servi usus pertinet, ipse tantummodo operis atque ministerio ejus uti potest : ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumentis. (*§ 3, J. de usu et hab.*)

Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit : neque usus videtur, neque usufructus, sed quasi proprium aliquod jus. (*§ 5, J. de usu et hab.*)

Quamquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare. (*Ibid. eod.*)

Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur? Et effectum quidem idem pene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consensit libro octavo decimo Quæstionum. Denique donare non poterit : sed eas personas recipiet quas et usuarius. Ad hæredem tamen nec ipsa transit : nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione. (*Ulp. L. 10, pp. de usu et hab., Cf. Modest. L. 10, de cap. min.*)

Nº. III. Servitudes réelles ou prœdiales.

Caractères généraux des servitudes réelles.

Ideo autem hæ servitudes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere, urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere, nisi qui habet prædium. (§ 3, *J. de servit. Cf. Ulp. L. 10, de usurp.*)

Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ, calcisque coquendæ jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum (1) habeat : et hoc Proculum, et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendæ, et cretæ eximendæ servitus constitui possit, non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. (*Ulp. L. 5, § 1, de servit. præd. rustic.*)

Qui ædificium habet, potest servitutem vicino imponere, ut non solum de his luminibus quæ in præsentia erunt, sed etiam de his quæ postea fuerint, caveat. (*Julian. L. 22, de serv. præd. urb.*)

Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cænare

(1) Ce voisinage doit s'entendre dans un sens plus ou moins large, suivant la nature de la servitude que l'on considère.... (*Cf. L. 4, § 8, si servit. vind. ; L. 5, de servit. L. 38, de servit. præd. urban. L. 39, eod. L. 38, de serv. præd. rustic. L. 17, §§ 2, 3, 4, de aqua et aquæ pluvi. etc., etc.*)

in alieno possimus, servitus imponi non potest (1). (*Paul. L. 8, de servit.*)

Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia : *quamdiu volam*) constitui possunt. Sed tamen si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti, idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere (*Papin. L. 4. pp., de servit.*)

Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. (*Paul. L. 12, com. præd.*)

Division des servitudes réelles.

Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt. (*Paul. L. 3, de servitut.*)

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc : iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet ; qui actum habet, et iter habet, coque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi : nam et iter et actum in se continet via. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum. (*Pr. J. de servit. Cf. L. 13 et L. 23, de servit. ; L. 4, § 1, si serv. vindic. L. 11, § 6, de exc. rei jud. ; L. 13, § 1, de acceptil.*)

In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant, aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ. (§ 2, *J. eod.*)

Prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhærent : ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam

(1) Cette loi doit s'entendre dans ce sens, que les actes dont il s'agit ne peuvent pas constituer l'objet d'une servitude prédiale ; mais ils peuvent bien faire l'objet d'une servitude personnelle.

ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. — Item urbanorum prædiorum servitudes sunt hæ : ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas vel in aream vel in cloacam; vel non recipiat; et ne altius tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiat. (§ 1, *J. de servitut.*)

§ II. *Comment s'acquièrent les Servitudes, soit personnelles, soit réelles (1).*

PR.

Via, iter, actus, ductus aquæ, iisdem fere (2) modis constituuntur quibus et usumfructum constitui diximus. (*Gaius, L. 5, de servit.*)

(1) Il paraît qu'aucun des modes originaux ne pouvait s'appliquer à l'acquisition des servitudes.

Quant aux modes dérivés, la plupart sont applicables; toutefois il peut s'élever à ce sujet de grandes controverses que nous signalerons sous chaque texte, au fur et à mesure qu'ils y donneront naissance.

(2) Entre l'acquisition des *servitudes réelles* et l'acquisition de l'*usufruit*, Cujas signale cette seule différence, qu'on ne constituait pas une servitude réelle en léguant un fonds *deducta servitute*; tandis qu'on pouvait très-bien constituer un usufruit en léguant un fonds *deducto usufructu*. — Mais, on verra tout-à-l'heure que dans l'ancien Droit il y avait d'abord cette autre différence entre l'usufruit et certaines servitudes (savoir les servitudes rustiques), que l'usufruit ne pouvait s'acquérir entre vifs, au moins à l'égard des choses *mancipi*, que par la *cessio in jure*, tandis que ces servitudes s'acquerraient à l'égard de ces mêmes choses, bien entendu lorsqu'elles étaient susceptibles de servitudes réelles, par la *mancipatio*. Si l'on admet l'opinion que, dans le nouveau Droit (et aussi dans l'ancien, quant aux fonds provinciaux), la tradition ou quasi-tradition devait se joindre au consentement pour que l'usufruit fût constitué entre vifs, il y aurait encore cette différence entre l'usufruit et certaines servitudes (savoir celles qui consistent simplement en ce que le propriétaire d'un fonds s'est interdit de faire quelque acte renfermé dans son droit de propriété), que pour cette espèce de servitudes réelles la tradition ou quasi-tradition ne peut être exigée comme complément du con-

1°. par le concours de la volonté de celui qui acquiert la servitude et de la volonté du propriétaire dont le droit va se trouver démembré (1).

.... jura prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. (*Gaius*, 2 *Com.* 29.)

Ususfructus in jure cessionem tantum recipit. Nam dominus proprietatis alii usumfructum in jure cedere potest, ut ille usumfructum habeat, et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius, in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit ut a se discedat et convertatur in proprietatem, alii vero in jure cedendo, nihilominus jus suum retinet : creditur enim ea cessione nihil agi (2). (*Gaius*, 2 *Com.* 30.)

Sed hæc scilicet in Italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt ; alioquin in provincialibus prædiis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi ædes, aut non tollendi ne luminibus vicini officiantur, ceteraque similia jura, constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest (3), quia ne ipsa qui-

sentement, puisqu'elles ne sont pas susceptibles de possession, ni même de quasi-possession. Voyez au surplus ce que nous dirons tout-à-l'heure de la possession ou quasi-possession, considérée comme étant par elle-même une manière d'acquérir.

(1) On ne pouvait constituer une véritable servitude, qu'en vertu du Droit intégral de propriété, mais nous verrons ci-après que quelques démembrements renfermaient le droit de constituer une quasi-servitude.

(2) V. ci-après, pag. 419.

(3) Peut-on conclure de ce texte qu'à l'égard des fonds provinciaux la servitude était établie comme droit absolu, par le simple consentement non suivi de tradition?.....

Je penserais plutôt, en me fondant sur la *L. 20, de servit.*, citée ci-dessous, qu'on ne put d'abord, au moins par actes entre vifs, acquérir à l'égard de ces fonds qu'un droit relatif. En effet, pourquoi Labéon conseillait-il de stipuler une peine, si ce n'est pour garantir, autant que pos-

dem prædia mancipationem aut (in) jure cessionem recipiunt. (*Gaius*, 2 *Com.* 31.)

Sed cum ususfructus et hominum, et cæterorum animalium, constitui possit, intelligere debemus horum usumfructum etiam in provinciis per in jure cessionem constitui posse. (*Gaius*, 2 *Com.* 32.)

Quod autem diximus, usumfructum in jure cessionem

sible, celui à qui la servitude avait été promise, du danger d'être exclu de l'exercice de cette servitude par l'aliénation du fonds? Mais il paraît que l'on commença par donner, au moyen des *interdits*, quelques caractères de droit *absolu*, aux effets de la convention, lorsqu'il y avait eu exercice (*quasi-tradition*) de la servitude, et que l'on finit par accorder, dans ce cas, même une action *in rem*.

J'ignore si ce système d'acquisition des servitudes fut étendu aux fonds d'Italie même avant que la *mancipation* et la *cessio in jure* eussent cessé d'être en usage? Acquerrait-on sur ces fonds une servitude *naturelle* par la *possession* ou *quasi-possession*, comme on pouvait acquérir à leur égard une propriété *naturelle*?

Qu'arriva-t-il lorsque la *mancipatio* et la *cessio in jure* furent abolies? Justinien a répété dans ses *Institutes* la proposition de *Gaius*, en la généralisant, c'est-à-dire, en l'appliquant à toutes espèces de fonds : l'a-t-il admise avec l'explication que la jurisprudence avait fini par lui donner, c'est-à-dire, dans ce sens que par la *quasi-tradition* le droit, qui n'était d'abord qu'un relatif, devenait absolu?... Cette opinion est assez vraisemblable; cependant il faut remarquer : d'une part, qu'il en résulterait que les servitudes négatives, qui ne sont pas susceptibles de *quasi-tradition*, ne pouvaient jamais, dans le Droit de Justinien, s'établir comme droits absolus par des actes entre vifs (la *mancipation* et la *cessio in jure* n'existant plus dans ce Droit); et, d'autre part, qu'il n'y aurait rien d'étonnant qu'à une époque où un démembrement de la propriété aussi important que l'hypothèque s'établissait par simple pacte, on eût cru pouvoir faire naître toute espèce de servitudes de la simple convention. Cette dernière manière de voir serait au surplus conforme à la lettre des *Institutes*. Comparez *Ulp.* L. 3, § 14, *unde vi*, et *Papin.* L. 4, *de servit.*, avec *Ulp.* L. 11, § 1, *de public.*, § 4, *J. de actionib.*, *Javol.* L. 20, *de servit.*, *Ulp.* L. 3, §§ 13, 14, 16, 17, *unde vi*, et *Ulp.* L. 1, § 2, *de servit. præd. rust.* Voyez aussi *Thémis*, tome X, pag. 57 et suivantes, où cette importante question est traitée avec tous les développemens dont elle est susceptible.

tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit, eo quod in mancipanda proprietate detrahi potest : non enim ipse ususfructus mancipatur, sed, cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut aput alium ususfructus, aput alium proprietas sit. (*Gaius, 2 Com 33.*)

Incorporales res traditionem (1) non recipere manifestum est. (*Gaius, 2 Com. 28.*)

Quotiens via, aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quominus eo jure uti possit : quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset ? — Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse : ideoque et interdicta veluti possessoria constituta ita sunt. (*Javol. L. 20, de servit.*)

Si a te emero, ut mihi liceat ex ædibus meis in ædes tuas stillicidium immittere ; et postea, te sciente, ex causa emptionis, immissum habeam, quæro an ex hac causa actione quadam, vel exceptione tuendus sim ? Respondi utroque auxilio me usurum. (*Julian. L. 16, si serv. vind.*)

Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcunque modum, videndum ? Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro

(1) Lorsqu'un démembrement embrasse, comme l'*usufruit*, la totalité du droit d'occuper exclusivement la chose, et même le droit d'user et de percevoir les fruits, je ne vois pas comment on peut dire que la tradition est inapplicable à la constitution ou à la translation de ce démembrement. Mais s'agit-il d'un démembrement qui laisse, au moins quant à présent, à celui qui avait la pleine propriété le droit d'occuper exclusivement la chose ? Il est évident qu'il n'y aura aucune tradition possible. — Si le démembrement contient une partie du droit d'user, il pourra y avoir, comme nous l'avons dit ci-dessus, *quasi-tradition*.

sexto decimo seculus est, omnia fructuario adquiri. (*Ulp. L. 25, § 7, de usuf.*)

Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus (1) id efficere debet..... (§ 4, *J. de servitut.*)

2°. et même, sans aucune convention, par une possession ou quasi-possession (2) continuée pendant un long temps.

Servitutes prædiorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur (3); vel ideo quia tales sunt servitutes ut non ha-

(1) Voyez la note 3 de la page 412.

(2) On a vu ci-dessus, page 218, que les jurisconsultes romains répugnaient à appliquer le mot *possessio* à tout autre cas que celui où un individu ayant la puissance de faire d'une chose tout ce qu'un propriétaire aurait le droit d'en faire, s'attribue la qualité de propriétaire de cette chose. Mais nous avons donné au mot *possessio* un sens un peu plus large : nous n'avons pas craint de l'appliquer (sauf à distinguer ensuite, pages 260 et 272, la *possessio pour soi-même* de la *possessio pour autrui*) à tous les cas où un individu exerce en son entier le *droit d'occupation*, soit isolé, soit accompagné des *droits de modifier la chose* et de *percevoir les fruits*. Nous avons en conséquence restreint l'emploi du mot *quasi-possessio* au cas où un individu ne s'attribue qu'une partie plus ou moins faible du *droit d'occuper* (avec ou sans quelque autre prérogative de la propriété), et n'exerce en effet sur la chose qu'une occupation limitée, soit en ce qu'elle s'applique seulement à une portion de la chose, soit en ce qu'elle admet le concours d'une ou plusieurs autres personnes.

(3) Il est fort douteux que ce soit là la véritable raison qui fit déclarer que les servitudes ne s'acquerraient pas par *usucapion* : d'abord, il faut reconnaître que ce motif n'avait point empêché jusqu'à la loi *Seriponia* qu'elles fussent l'objet de ce mode d'acquérir; ensuite, elle n'a pas empêché non plus que la *prescription de long temps* ou du moins la *possessio immémoriale* fût un moyen d'acquérir une sorte de *servitude* préto-rienne; je sais bien qu'on pourrait m'objecter que la possession exigée étant ici beaucoup plus longue que dans l'*usucapion*, on a pu croire que

beant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. (*Paul. L. 14, pp. de servit. Cf. L. 20, de servit. citée ci-dessus, p. 414.*)

Idem in servitutibus prædiorum urbanorum observatur (1). (*Id. ibid.*)

..... eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat (2)..... (*Paul. L. 4, § 29, de usurp.*)

le prolongement du délai devait suppléer à l'imperfection de la *possession* ; mais je répondrai qu'alors les auteurs de la loi Scribonia auraient dû se contenter d'établir pour les servitudes une *usucapion* plus longue.

D'ailleurs, cette raison, alléguée par Paul, n'est-elle pas en contradiction avec l'édit du Préteur, qui admet, non, sans doute, pour toutes les servitudes, mais pour plus d'une espèce, une possession suffisante pour servir de base à des interdicts ? Voy. *L. 1, § 1 à 4, de itin. act. priv., L. 11, eod., L. 3, § 4, de aqua quot., L. 1, § 26, de aqua* ; voy. aussi *Cicer. pro Cæcili. c. 26*. Au reste, il est évident que ce que nous venons de dire ne s'applique pas aux servitudes *quæ in non faciendo consistunt*, servitudes que nous avons nous-mêmes déclaré n'être point susceptibles de *possession* ou de *quasi-possession*.

(1) Le jurisconsulte ne s'explique point à l'égard des servitudes personnelles ; cependant celles qui embrassent la totalité du droit d'occupation, paraissent, ainsi que je l'ai dit plus haut, susceptibles d'une possession aussi complète que la possession à titre de propriétaire. Si la loi *Scribonia* les a, comme on le croit communément, comprises dans sa prohibition, n'est-ce pas une nouvelle raison de penser que le motif de cette loi est autre que ne le prétend le jurisconsulte Paul ? Au reste, à l'exception du passage suivant de la *L. 12, C. de præscript. long. temp.* :

« Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quæ jure consistunt, veluti ususfructus et cæteræ servitutes..... »

nous ne trouvons, même à propos de la *prescription de long temps*, aucun texte d'où l'on puisse argumenter pour soutenir que l'usufruit s'acquerrait par une possession continuée ; or, ce passage est susceptible d'une interprétation qui le rendrait tout-à-fait étranger à la question d'acquisition. (*V. ci-après, note 1 de la page 420, et Thémis, tom. IV, p. 373 et suiv.*)

(2) *V. ci-après, p. 426, la fin de ce texte.*

Servitus hauriendæ aquæ vel deducendæ
 biennio usurpata recipitur (1). (*Paul. 1 Sent.*
17, § 2.)

Si quis diuturno usu, et longa quasi-possessione, jus aquæ ducendæ nactus sit (2), non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos, forte tot, usum se, non vi, non clam, non precario (posse-disse.) (*Ulp. L. 10, si serv. vindicet. Cf. Anton. L. 2, C. de serv. et aq.*)

Scævola respondit solere eos qui juri dicundo præsunt. tueri ductus aquæ quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur. (*Scævola. L. 26, de aqua et aq. plur.*)

V. aussi, L. 5, § 3, de itin. act. priv. et L. 1, C. de serv. et aq.

3°. après décès, par testament (3).

Ususfructus a proprietate separationem recipit : idque pluribus modis accidit : ut ecce, si quis usumfructum ali-

(1) Nous nous occuperons ci-après, pag. 423, de la 1^{re} partie de ce texte, qui a évidemment pour objet l'extinction de la servitude.... Mais quel sens faut-il attacher à ces mots : *biennio usurpata recipitur*? Signifieraient-ils que celui qui a perdu la servitude peut la recouvrer par une sorte d'*usurvéction*? Ce serait alors une exception à la loi Scribonia. Cette exception se justifierait-elle en disant que celui qui a perdu une servitude par le *non-usage* est plus favorable, lorsqu'il prétend la recouvrer par la possession, que celui qui veut acquérir une servitude qu'il n'a jamais eue? Ne faudrait-il pas expliquer pourquoi le premier mérite plus de faveur que le second?

(2) Que faut-il entendre par *longa quasi possessio* et *diuturnus usus*? S'agit-il de la possession de dix ou vingt ans, ou bien de la possession trentenaire, ou bien d'une possession immémoriale? On n'est pas d'accord sur cette question.

(3) Voyez ci-dessus, p. 411, note 2.

cui legaverit (1) : nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum : et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usumfructum : item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum, legare potest. (§ 1, *J. de usuf. Cf. Julian. L. 10, et Modestini., L. 19, de usuf. legat.*)

Potest etiam testamento quis hæredem suum damnare (2), ne altius tollat ædes suas ne luminibus ædium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. (§ 4, *J. de servit.*)

§ III. Comment s'éteignent les Servitudes.

N°. I. Comment s'éteignent l'Usufruit, l'Usage et l'Habitation.

Usufructus amissus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem quinque modis : capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure cessione, dominii comparatione. (*Paul. 3 Sent. 6, § 28.*)

1°. par mort ou diminution de tête de l'usufruitier.

Finitur autem usufructus morte fructuarii..... (§ 3, *J. de usuf.; Cf. Ulp. L. 3, § ult., quib. mod. usuf.; Anton. L. 3, C. de usuf. et hab.; Justinian., L. ult. C. eod.; et Fragm. Vatic. pag. 16, lin. 29.*)

(1) Dans l'ancien Droit, l'usufruit n'était acquis par la seule force du testament, que lorsque le legs était fait *per vindicationem*, ou *per præceptionem*; dans les autres cas, il avait besoin d'être constitué par l'héritier, suivant les modes indiqués au N° I.

(2) Ce texte est tiré de la *L. 16, com. præd.*; mais, du temps de Gaius, le legs *per damnationem* ne produisait qu'une obligation pour l'héritier de constituer la servitude.

Capitis minutione (1) amittitur, si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœnæ efficiatur, aut si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit. (*Paul. 3 Sent. 6, § 29.*)

Finitur autem usufructus..... et duabus capitis deminutionibus : maxima et media... (*d. § 3, J. de usuf. ; Cf. L. 16. § 2, C. de usuf., et § 1, J. de acq. per. adrogat.*)

2°. par certaines altérations survenues dans la chose qui faisait objet de l'usufruit.

Rei mutatione amittitur usufructus, si domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit, licet postea restituatur (2). (*Paul. 3, Sen. 6, § 31.*)

..... Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu vel vitio suo corruerint, extinguere usumfructum, et ne aræ quidem usumfructum debere (3). (*d. § 3, J. de usuf. Cf. Ulp. L. 5, § 2, quib. mod. usuf.*)

3°. par le non-usage, non utendo (4).

Non utendo amittitur usufructus, si possessione fundi

(1) Il en est autrement pour l'habitation, et nous ne pouvons donner de cette différence aucune raison satisfaisante. (*V. ci-dessus, p. 406, Ulp. L. 10, pr. de usu et hab.*)

(2) Il n'en est pas de même des servitudes réelles, qui renaitraient sur la nouvelle construction, si elle était rétablie *eadem qualitate et specie*. (*Paul. L. 20, § 2, de servit. præd. urban, citée ci-après, p. 425.*)

(3) L'extinction est peut-être ici une conséquence trop rigoureuse de la définition que les jurisconsultes ont donnée du droit d'usufruit : *salva rerum substantia* (*V. ci-dessus, pag. 402*). Au reste, il y aurait, à l'égard des maisons, cette considération particulière à faire valoir en faveur de l'extinction de l'usufruit, que sans cela le propriétaire se serait difficilement décidé à rebâtir.

(4) Il en est autrement de l'habitation. *V. ci-dessus, p. 406. note 1.*

biennio (1) fructuarius non utatur, vel rei mobilis, anno (2). (*Paul. 3 Sent. 6, § 30.*)

Finitur autem usufructus.... non utendo per modum (3) et tempus. (*d. § 3, J. de usuf.*)

Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, puta, qui emit vel conduxit vel cui donatus est.... (*Marcian. L. 38, de usuf. et quemadm.*)

Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti; atque ideo retineri usumfructum : et hoc Cassius et Pegasus responderunt, et Pomponius libro quinto ex Sabino probat. Non solum autem, si ego locavero, retineo usumfructum, sed et si alius negotium meum gerens locaverit usumfructum, Julianus libro trigesimo quinto scripsit retinere me usumfructum. Quid tamen si non locavero, sed, absente et ignorante me, negotium meum gerens utatur quis et fruatur? Nihilominus retineo usumfructum (quod et Pomponius libro quinto probat) per hoc quod negotiorum gestorum actionem adquisivi. (*Ulp. L. 12, § 2, de usuf.*)

4°. par la réunion sur une même tête des titres de propriétaire et d'usufruitier :

A. soit que l'usufruitier renonce à son droit ;

In jure cessione amittitur usufructus, quoties domino

(1) Ce délai a été étendu par Justinien à dix ou vingt ans, suivant qu'il court entre présens ou entre absens. (*V. pr. J. de usucap. L. 16, § 1, C. de usuf. et L. 13, C. de servit.* Voyez aussi le passage cité, p. 416, de la *L. 12, C. de præsc. long. temp.*, passage qui paraît devoir s'entendre plutôt de l'extinction que de l'acquisition des servitudes.)

(2) Ce délai a été porté à trois ans par Justinien. (*l. cit.*)

(3) Que faut-il entendre par *non utendo per modum*? S'agirait-il ici de punir l'usufruitier qui abuse de la chose, c'est-à-dire qui exerce sur elle une puissance excédant le droit d'usufruit, et qui nuit par là au propriétaire? Mais ne suffit-il point à celui-ci de trouver sa garantie dans la caution que l'usufruitier a dû fournir?

proprietatis eum fructuarius in jure cesserit. (*Paul. 3 Sent., 6 § 32.*)

..... Item finitur usufructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur : nam cedendo extraneo nihil agit... (1). (*d. § 3, J. de usuf.*)

B. soit que l'usufruitier acquière la nue-propriété.

..... vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem adquisierit, quæ res consolidatio (2) appellatur.... (*d. § 3, J. de usuf. Cf. L. 4, usuf. quemadmod. cav.*)

5°. Par l'expiration du temps pour lequel l'usufruit non viager a été établi (3).

Finitur usufructus..... tempore, quotiens ad certum tempus usufructus legatur. (*Paul., 3 Sent. 6, 37.*)

N°. II. Comment s'éteignent les servitudes prédiales (4).

Jura prædiorum morte et capitis diminutione non perire vulgo traditum est. (*Gaius, L. 3, quemadm. serv. amitt.*)

(1) nihil agit.... Malgré ce texte, Vinnius et quelques autres commentateurs avaient voulu conclure de la *L. 66, de jur. dot.*, que la *cessio* faite par l'usufruitier à un autre que le propriétaire éteignait l'usufruit ; peut-être était-ce, en effet, l'opinion de *Pomponius*, auteur de ce fragment ; mais, suivant *Gaius* (2 *Com. § 50*), la *cessio* était dans ce cas un acte tout-à-fait nul : elle n'éteignait pas plus l'usufruit qu'elle ne le transférait sur la tête du *cessionnaire*.

(2) Ce mot *consolidation* ne s'appliquerait-il pas aussi bien à tous les cas où l'usufruit se réunit à la propriété ?

(3) L'usufruit s'éteignait encore dans l'ancien Droit par l'aliénation de l'esclave à qui il avait été légué. (*V. en outre la note 2 de la page suivante.*)

(4) Les modes d'acquisition des servitudes prédiales sont en général les mêmes que ceux des servitudes personnelles (voy. ci-dessus, p. 411) ; il en est autrement quant aux moyens d'extinction, ainsi que le démontrera la comparaison de ce N° avec le précédent.

1°. *Par la confusion, c'est-à-dire, la réunion, dans les mains du même propriétaire, du fonds servant et du fonds dominant.*

Servitutes prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit. (Gaius, L. 1, quemadm. servit. amitt.)

Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit; confusa sublataque servitus est. Et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberæ vaneunt. (*Paul. L. 30, de servit. præd. urban.*)

2°. *Par la remise qu'en fait expressément ou implicitement le propriétaire du fonds dominant.*

Si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam, et permisero jus tibi in ea area ædificandi, stillicidii immittendi jus amitto. Et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi, in eo loco per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus viæ. (*Paul. L. 8, quemadm. servit. amitt.*)

Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse ire agere, nihil agit : et ideo si duo prædia quæ mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest : quamvis enim unusquisque sociorum solus sit cui servitus debetur (1), tamen quoniam non personæ, sed prædia deberent, neque acquiri libertas, neque remitti servitus, per partem poterit. (*Papin. L. 34, eod.*)

3°. *Par la résolution du droit du constituant (2).*

Hæres, cum legatus esset fundus sub conditione, im-

(1) En vertu du principe : *Res sua nemini servit.*

(2) La *L. 16, quib. mod. ususf.*, contient une règle analogue pour l'usufruit. — Ne pourrait-on pas dire qu'il ne résulte ni véritable servitude réelle, ni véritable usufruit de la constitution faite par celui qui n'avait qu'un domaine révocable ?

suit ei servitutes : extinguuntur si legati conditio existat. (Marcell. L. 11, § 1, quemadm. servit. amit.)

4°. Par le non-usage (non utendo) (1), joint, lorsqu'il s'agissait de servitudes urbaines, à la tolérance continuée d'un fait contraire à la servitude.

a. à l'égard des servitudes rustiques.

Servitus hauriendæ aquæ vel deducendæ biennio omis-sa intercidit... (Paul. 1, Sent. 17, § 2.)

Si quis alia aqua usus fuerit quam de qua in servitude imponenda actum est, servitus amittitur. (Paul. L. 18, quemadm. servit. amitt.)

Si is qui nocturnam aquam habet, interdiu per consti-

(1) Ce mode d'extinction est commun aux servitudes personnelles (v. ci-dessus, p. 419) et aux servitudes réelles ou prédiales. Ce que nous avons dit (p. 420) relativement au laps de temps nécessaire pour éteindre l'usufruit par le non-usage, s'applique également aux servitudes réelles, ainsi que le prouve la L. 15, C. de servit., citée ci-après, p. 427. — Quant à ce que l'on doit entendre par non-usage, il faut distinguer entre les servitudes urbaines et les servitudes rustiques. Les servitudes urbaines se conservent sans que le propriétaire du fonds dominant ait rien à faire, par cela seul que le fonds servant demeure dans son état primitif. En conséquence, le non-usage résultera, à l'égard de cette espèce de servitudes, non pas de l'absence d'un fait de la part du propriétaire du fonds dominant, mais bien de quelque acte émané du propriétaire du fonds servant et qui suppose qu'il ne reconnaît plus la servitude (V. Paul. L. 18, § 2, quemadm. servit. amitt.), par exemple, s'il bâtit au-delà de la hauteur fixée, ou s'il détruit les constructions que j'avais le droit d'avoir sur son fonds : dans ces cas et autres semblables, mon silence prolongé pendant le temps déterminé par la loi, ne peut être considéré que comme un aveu qu'il n'y avait point véritablement servitude, ou comme une remise tacite consentie par moi, au profit du fonds servant. (V. ci-après, p. 425, Gaius, L. 6, de servit. præd. urban.) — Au reste, certaines servitudes rustiques n'exigent pas non plus, pour se conserver, un fait du propriétaire du fonds dominant. V. ci-après, à la même page 425, la L. 12, quemad. serv. amit.

tutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem qua usus non est. Idem est in eo qui certis horis aquæductum habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum (*Paul. L. 10, § 1, eod. Cf. Marcel. L. 11, eod.*)

Si sic constituta sit aqua, ut vel æstate ducatur tantum, vel uno mense, quæritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus quo, cum uti non potest, non sit usus? Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus, aut die toto (1), aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur : quia una servitus est. Nam et si alternis horis, vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit perdere eum, non utendo, servitutem : quia id quod habet, cottidianum sit. (*Paul. L. 7, eod.*)

Labeo ait : Si is qui haustum habet, per tempus quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse. (*Pompon. L. 17, eod.*)

Servitude usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se credidit : ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitude usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. (*Paul. L. 25, quemadm. servit. amit. Cf. Procul., L. 16, eod.*)

Usu retinetur servitus, cum ipse cui debetur, utitur, quive in possessione ejus est, aut mercenarius, aut hospes,

(1) Pour concilier ce passage avec ce qui est dit plus bas, il faut peut-être lire *tantum* au lieu de *toto*, et entendre *alternis diebus* dans ce sens qu'un jour la servitude s'exerçait durant la nuit et le lendemain durant la journée, de manière que chaque jour (*quotidie*) il y avait usage de la servitude. Au surplus, il faudrait décider autrement dans le cas où l'usage de jour et l'usage de nuit auraient été constitués comme deux servitudes distinctes. (V. *L. 17, de aqua.*)

aut medicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus, aut fructuarius (*Scæv. L. 20, quemadm. serv. amitt.*), fructuarius, licet suo nomine. (*Paul. L. 21, eod.*)

Servitus et per socium, ... et bonæ fidei possessorem nobis retinetur. (*Paul. L. 5, eod.*)

Licet malæ fidei possessor sit, retinebitur servitus (*Scæv. L. 24, eod.*);

nam satis est fundi nomine itum esse. (*Celsus, L. 6, eod.*)

.... et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquæ ducendæ retinetur.... (*Celsus, L. 12, eod.*)

Si locus per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quod si id tempus præterierit ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est. (*Javolen. L. 14, quemadm. servit. amitt.*)

Tempus quo non est usus præcedens fundi dominus cui servitus debetur, imputatur ei qui in ejus loco successit. (*Paul. L. 18, § 1, quemadm. servit. amitt.*)

b. à l'égard des servitudes urbaines.

Servitudes quæ in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex ædibus meis in ædes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet et si mœnianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero: quia in tuo aliquid utor, et sic quasi facto quodam possideo. (*Paul. L. 20, de servit. præd. urban. Cf. Anton. L. 1 et 2, C. de servit.*)

Hæc autem jura, similiter ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat: veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne

luminibus mearum ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris : alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris : alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum (*meum?*) permanet. (*Gaius, L. 6, de servit. præd. urban.*)

Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat, non etiam eam quæ libertatem præstat, sublata servitute. Itaque si cum tibi servitutem deberem *ne mihi* (puta) *liceret altius ædificare*, et per statutum tempus altius ædificatum habuero, sublata erit servitus. (*Paul. L. 4, § 29, de usurp. et usuc. (1).*)

Si cum jus haberes immittendi, vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, non ideo magis servitutem amittes (2) : quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem ædium suarum, qui jus tuum non interpellavit. (*Paul. L. 18, § 2, quemadm. serv.*)

Libertas servitutis usucapitur, si ædes possideantur : qua-

(1) Il résulte des différens textes que nous venons de rapporter, que l'*Usucapio libertatis* conservée par la loi *Scribonia* n'était nécessaire que pour anéantir les servitudes urbaines ; les servitudes rurales se perdaient par le seul *non-usage* pendant deux ans, et sans que le propriétaire du fonds soumis à la servitude eût besoin de faire aucun acte d'*Usucapion*. (*Gaius, L. 6, de serv. præd. urb.*)

(2) La *L. 14, quemadm. serv. amitt.*, citée ci-dessus, semble difficile à concilier avec celle-ci ; mais, remarquez que dans l'une il s'agit de servitude *urbaine*, et dans l'autre de servitude *rustique*.

re si is qui altius ædificatum habebat, ante statutum tempus ædes possidere desiit, interpellata usucapio est; is autem qui postea easdem ædes possidere cœperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet.... (*Julian. L. 32, § 1, de serv. præd. urb.*)

Règle nouvelle et commune à toute espèce de servitude.

..... ut omnes servitutēs non utendo amittantur, non biennio... sed decennio contra præsentēs et vel viginti spatio annorum contra absentes : ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis..... (*Justinian. L. 13, D. de servit. et aq. — Nec obstat L. 16, § 1, C. de usuf. et hab.*)

5°. Par la perte ou le changement très-considérable de l'un des deux fonds (1).

Si sublatum sit ædificium ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur utilitas exigit, ut idem intelligatur; nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur : et ideo, sublato ædificio, ususfructus interit : quamvis area pars sit ædificii. (*Paul. L. 20, § 2, de servit. præd., urban.*)

Certo generi agrorum adquiri servitus potest, veluti vineis : quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet : ideo sublatis vineis, servitus manebit. Sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria. (*Javol. L. 13, de servit. præd. rust.*)

(1) Ce mode d'extinction est une conséquence de la définition même des servitudes réelles. (*V. ci-dessus, p. 409; V. aussi Ulp., L. 1, § 1, com. servit.*) — Mais que faut-il entendre par *perte d'un fonds*? A l'égard des édifices, c'est sans doute la destruction complète des bâtimens. Mais comment un terrain non bâti peut-il se perdre? — Il résulte de la *L. 13*, citée ci après, qu'il n'y a jamais, à proprement parler, que *changement*; pour savoir si le changement doit entraîner l'extinction de la servitude, c'est à l'intention des contractans ou du testateur par qui la servitude a été constituée, qu'il faut s'attacher.

ART. VI. GAGE PROPREMENT DIT ET HYPOTHÈQUE.

PR.

Pignus dicimus quod ad creditorem transit; hypothecam quum non transit nec possessio ad creditorem. (*Ulp. L. 9, § 2, de pignorat.*)

Pignus appellatum est a *pugno*, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei immobilis constitui. (*Gaius, L. 238, § 1, de verb. signif.*)

Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt (1). (*Marcian. L. 5, § 1, de pign. et hyp.*)

§ I. *En quoi consiste le droit d'hypothèque ou de gage considéré, non comme un droit relatif, mais comme un démembrement absolu du droit de propriété* (2).

Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. (*Florent. L. 35, § 1, de pign. act.*)

(1) En parlant ainsi, le jurisconsulte n'avait en vue que l'action *hypothécaire*. — Le gage contient, de plus que l'hypothèque, le droit de posséder la chose jusqu'à l'extinction de l'obligation principale.

(2) Il paraît que dans l'origine, chez les Romains, le seul moyen par lequel un débiteur pût donner une chose pour garantir le paiement de sa dette, consistait à transférer, par la *mancipation* ou par la *cessio in jure*, la propriété même de cette chose au créancier, qui, de son côté, contractait l'obligation de retransférer, en cas de paiement, cette propriété au débiteur. (Voyez ci-après, l'Art. VII.) — Le *pignus* ne fut peut-être, pendant long-temps, qu'un contrat en vertu duquel le créancier avait, vis-à-vis du débiteur, le droit *relatif* de posséder la chose jusqu'au paiement, et auquel se joignait assez souvent un pacte pour autoriser le créancier à vendre cette chose, et quelquefois aussi le pacte d'*antichrèse*, en vertu duquel il recueillait les fruits. On commença à donner au droit du créancier quelque chose d'*absolu*, en attribuant à sa possession quant aux interdits, les mêmes effets qu'à la possession *animo domini*. (*V. ci-des-*

A. Droit de suivre et de faire vendre.

Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori (1).
(*Ulp. L. 17, de pignorib. Cf. § 4, J. de action. et Marcian. L. 13, § 3, 5 et 6, de pign.*)

..... alienare potest..... creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit ; sed hoc forsitan ideo videatur fieri quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari....
(*Gaius, 2 Com. § 64*).

Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat (2). Ubi convenit ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit. (*Ulp. L. 4, de pig. act. Cf. Paul. 2 Sent. 13, 7.*)

Manifesti juris est, non alias secundum creditorem distrahendi potestatem pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas (*Diocl. et Max. L. 8, C. qui pot. in pign.*)

sus, p. 273.) Plus tard, on fit résulter du contrat de gage, et même du simple pacte d'hypothèque, une action *in rem*, tout en conservant au débiteur la véritable revendication, et alors le gage et l'hypothèque formèrent une espèce particulière de *démembrement absolu de la propriété*.

(1) Cette action s'appelle *actio serviana, quasi serviana, hypothecaria*, quelquefois aussi, mais très-rarement, *pigneratitia in rem*. L'examen de la nature de cette action appartient évidemment à notre VI^e Section : nous nous contenterons de faire observer ici que le créancier invoquait dans la formule, non son propre droit, mais le droit de son débiteur : *Si paret rem fuisse in bonis debitoris....* (*Voy. L. 3, et L. 15, § 1, de pignorib.*)

(2) Remarquez que le créancier hypothécaire peut dans certains cas se faire adjuger la chose (*V. ci-dessus, p. 388*) ; mais la convention par laquelle, à défaut de paiement, la chose engagée devait devenir *ipso jure* la propriété du créancier, convention qu'on appelait *lex commissoria*, a été proscrite par Constantin. (*V. L. fin. C. de pact. pign.*)

B. Droit de préférence, lequel se détermine (1) :

1° soit par la date de la constitution de l'hypothèque ;

.... cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure qui prævenit tempore. (*Anton. L. 2, C. qui pot. in pign.*)

Si pluribus res simul pignori detur, æqualis omnium causa est. (*Paul. L. 20, § 1, de pign. act.*)

Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est cui postea prædium ex his bonis datur, quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit. (*Papin. L. 2, qui pot. in pign.*)

In pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiozem esse priorem (2). (*Marcian. L. 12, § 10, eod.*)

Si non dominus (3) duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est; quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. (*Paul. L. 14, eod.*)

(1) Aux deux causes de préférence que nous allons indiquer, il faut ajouter, d'après la *L. 11, C. qui pot.*, certaines preuves écrites de la convention, opposées à toute autre espèce de preuves. — Nous ne pourrions pas, sans dépasser de beaucoup les limites que nous impose le plan de cet ouvrage, traiter d'une manière complète la matière si compliquée du droit de préférence. — Il y avait des créanciers qui avaient droit de préférence sans le droit de suite. Il est évident par la *L. 9, C. qui pot.*, que les jurisconsultes ne considéraient point ce droit comme un droit de *gage* ou d'*hypothèque*; c'était cependant, selon nous, un droit *absolu*. Nous en dirons quelques mots dans un Appendix à cet Article. — Ce qu'on appelle le *droit de rétention* est une sorte de *gage*, sans droit de suite et sans droit de préférence. (*V. L. 7, § 12, de adq. rer. dom.*)

(2) Il en est autrement lorsqu'il s'agit du droit intégral de propriété entre deux acquéreurs successifs, celui-là serait préféré qui aurait le premier obtenu la possession de la chose vendue.

(3) Il est évident qu'il n'y a pas véritable hypothèque dans ce cas.

Si in diem (1) de hypotheca convenit, dubium non est quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit. (*d. L. 12, § 2.*)

Modification de la règle.

..... sub conditione creditorem tuendum adversus eum cui postea quicquam deberi cœperit, si modo non ea conditio sit quæ invito debitore impleri non possit. (*Afric. L. 9, § 1, eod. Cf. Gaius, L. 11, § 1, eod.*)

Potior est in pignore qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata. (*Gaius, L. 11, pp. eod.*)

2° soit par la nature respective des créances hypothécaires (2).

Interdum posterior potior est priori : ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit : veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem, vel reficiendam ego credidero. (*Ulp. L. 5, eod.*)

Licet, iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores : tamen eum cuius pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur (3). (*Diocl. et Max. L. 7, C. qui pot. in pign. Cf. L. 7, eod.*)

(1) *V. L. 11 pp.* ci-après, d'où il résulte que l'obligation doit exister au moment où l'hypothèque est consentie.

(2) Il ne s'agit ici que de la préférence entre créanciers hypothécaires : les créanciers simplement privilégiés ne venaient jamais qu'après eux, sauf cependant le cas des frais funéraires. (*V.* ci-après, p. 446 et 447, *L. 9, C. qui pot.* et *L. 14, § 1, de relig.*) La *Nov. 97, ch. 3* et *4*, établit un rang de préférence entre quelques hypothèques privilégiées.

(3) *V.* ci-après, p. 457, et suivantes, quelques autres créances hypothécaires auxquelles on accordait privilège.

§ II. *Conditions requises pour la constitution du gage ou de l'hypothèque.*

N° I. *Pour quelles obligations le gage peut-il être constitué?*

Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunq̃ue obligatione: sive dos, sive emptio vel venditio, contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum; et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione (1); et sive in præsentî contractu, sive etiam præcedat; sed et futuræ obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. — Sed in conditionalî obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit. (*Marcian. L. 5, pr. de pignorib.*)

Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena. (*Marcian. d. L. § 2.*)

N° II. *Quel droit faut-il avoir sur la chose pour pouvoir l'hypothéquer ou la donner en gage (2)?*

V. ci-dessus, p. 203, L. ultim. C. si alien. res.

.... in fructibus si convenit ut sint pignori, quæritur an fundus vel jus utendi fruendi, conventionis tempore fuerit debitoris? (*Gaius, L. 11, § 3, qui pot. in pign. Cf. L. 15, de pignorib.*)

Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet quæ specialiter facta est, non ad illam quæ quotidie inseri

(1) Voyez ce que nous avons dit plus haut, quant au droit de préférence, dans le cas d'une hypothèque consentie pour une obligation conditionnelle.

(2) V. ci-dessus, p. 401, la L. 15, qui pot. in pign., page 412, note 1, page 422, note 2, et note 1 de la page 433 ci-contre.

solet cautionibus : ut, specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quæ nunc habet et quæ postea acquisierit (1), perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ. (Gaius, L. 15, § 1, de pign. et hyp.)

Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quæditorum recepta est..... (Papin. L. 1, pp. de pign.)

Aliena res pignori dari voluntate domini potest.... (Paul. L. 20, de pignor. act.)

..... sed si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit. (Paul. ibid. Cf. Marcian. L. 16, de pignor. et hyp. L. 2, C. si alien. res. pign.)

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cœpisti; datur utilis actio creditori. (Paul. L. 41, de pign. act. Cf. L. 5, C. si alien. res pign. et Papin. L. 1, de pign.)

Si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam. (Paul. L. 18, de pign. Cf. Ulp. L. 21, § 1, eod.)

N° III. Quelles choses peuvent être données en gage ou en hypothèque ?

Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. (Gaius, L. 9, § 1, de pign. Cf. L. 1, § 2, quæ res pign.)

Ususfructus an possit pignori hypothecæ dari, quæsitum est (2), sive dominus proprietatis convenerit, sive ille

(1) Il est évident que l'hypothèque comme démembrement n'existera sur les choses futures qu'au moment où ces choses seront acquises par celui qui a fait la convention d'hypothèque, sauf à régler néanmoins le rang par la date de la convention. (V. ci-dessus, p. 430, la L. 2, qui pot.).

(2) C'est demander si celui qui n'a qu'un droit d'usufruit peut constituer une hypothèque sur la chose, et cette question appartient au N° précédent. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il existera dans ce cas une quasi hypothèque, comme nous avons reconnu, dans un cas analogue, une quasi servitude. (V. ci-après, p. 436, not. 1.)

quî solum usumfructum habet ? Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem : et si velit cum creditore proprietarius agere, « non esse ei jus utifruî invito se, » tali exceptione eum Prætor tuebitur : « si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. » Nam et cum emptorem ususfructus tuetur Prætor, cur non et creditorem tuebitur ? Eadem ratione, et debitori¹ obijcietur exceptio. (*Marcian. L. 11, § 2, de pign.*)

Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt : igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint. (*Marcian. d. L. 11, § 3.*)

Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat ? Videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, *ut quandiu pecunia soluta non sit, his servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat : et si intra diem certum pecunia soluta non sit vendere eas vicino liceat.* Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. (*Paul. L. 12, de pign.*)

N° IV. *Du mode de constitution du gage ou de l'hypothèque.*

1°. *Par la volonté de l'homme ;*

A. *par convention ;*

Pignus contrahitur, non sola traditione, sed etiam nuda conventionione (1). (*Ulp. L. 1, de pign. act.*)

(1) Le jurisconsulte prend ici le mot *pignus* comme embrassant le *gage proprement dit* et l'*hypothèque*. Quant au *gage proprement dit*, voyez la note de la p. 428 ci-dessus. — A quelle époque cessa-t-on de recourir à une aliénation avec fiducie pour donner aux créanciers une sûreté réelle, ou, en d'autres termes, à quelle époque s'introduisit le démembrement de propriété qu'on appelle *Pignus* ? C'est ce qu'il n'est pas facile de déterminer exactement. Il est probable que ce fut à la même époque où l'*hypothèque* passa, avec de notables modifications, de la législation des Grecs dans le Droit romain.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur ut res ejus, propter aliquam obligationem, sint, hypothecæ nomine, obligatæ. (*Gaius, L. 4, de pign.*)

B. après décès, par testament.

Testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit (1). (*Ulp. L. 26, de pign. act.*)

....., tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere : et non solum personalem actionem præstare, sed et in rem : quatenus eis liceat eandem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictæ, vindicare, in rem actione instituenda : et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare. Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit dare, et iterum novellæ constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt ; non abs re est, etiam nos in præsentis casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente possit ab ipsa lege induci... (*Justinian. L. 1, C. com. de legat.*)

II°. sans la volonté, ou du moins sans la volonté expresse de l'homme ;

A. par la loi ;

a. sur certains biens seulement ;

1. au profit du locateur des édifices urbains, sur ce qui garnit la maison.

..... placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit. (*Paul. L. 4, de pactis.*)

(1) Le texte suivant explique dans quel but un testateur constituait hypothèque par son testament, et comment cela devint inutile sous Justinien, qui accorda dans ce cas une hypothèque légale aux légataires.

Pomponius..... scribit : non solum pro pensionibus, sed et si deteriolem habitationem fecerit culpa sua inquietus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, inuenta et illata pignorerunt obligata. (*Marcian. L. 2, in quib. caus. pign.*)

Videndum est ne non omnia illata vel inuenta, sed ea sola quæ, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? Quod magis est. (*Pomp. L. 7, § 1, eod. Cf. L. 34, pr. de pign.*)

2. au profit du locateur de la ferme sur les fruits perçus.

In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur esse pignori domino fundi locati, etiamsi nominatim non convenerit. (*Pomp. L. 7, pr. in quib. caus. pign.*)

3. au profit du pupille sur les choses que le tuteur a acquises des deniers pupillaires.

Sed si pecunia alterius pupilli, alteri pupillo fundus sit comparatus, isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is cujus pecunia fundus sit emptus? Et magis est, ut salvum sit jus pignoris, secundum constitutionem Imperatoris nostri, et divi patris ejus, ei pupillo cujus pecunia comparatus est fundus. (*Ulp. L. 3, de reb. eor. qui sub. tut.; Cf. L. 6, C. de serv. pign. dat.*)

4. au profit du propriétaire du sol, dans le cas où il existe, un droit de superficie, pour le paiement du solarium.

V. ci-dessus, p. 401, L. 15, qui pot. in pign. (1).

(1) Sur quoi porte l'hypothèque accordée par cette loi? Le jurisconsulte Paul considère la *superficie* comme une chose distincte du fonds. — Nous parlerons ci-après (Art. x) de ces démembrements qui viennent s'enter, en quelque sorte, sur d'autres démembrements.

5. *au profit de la femme sur les biens dotaux* (1).

In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se momentibus (si tamen extant), sive æstimatæ (2) sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus : et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt, posse sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio (3). Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. — Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere : ut, sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur. (*Justinian, L. 30, C. de jur. dot. 529.*)

6. *sur la chose réparée* (4), *quelquefois aussi sur la chose achetée* (5), *avec les deniers d'autrui, au profit de celui qui a fourni les deniers.*

Senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit qui redemptori domino mandante, nummos ministravit. (*Pap. L. 1, in quib. caus. pign. tacit. Cf. L. 5, qui pot. pign., citée ci-dessus, p. 431.*)

(1) Par la *L. unic. C. de rei uxor. act.*, Justinien accorda ensuite à la femme une hypothèque, et même une hypothèque privilégiée, sur tous les biens du mari.

(2) Dans le cas où il s'agit de choses fongibles, ou bien lorsque des choses de toute autre espèce ont été estimées, peut-on encore dire que le mari n'acquiert sur les choses dotalles qu'un domaine fictif?

(3) Il ne s'agirait donc pas ici d'une véritable action hypothécaire, mais plutôt d'une revendication.

(4) V. ci-après, p. 450, la *L. 24, § 1, de reb. auct. jud.*, et la note 2.

(5) Savoir, dans le cas où il s'agit des deniers d'un pupille (*V. L. 6, C. de serv. pign. dat.*), et dans celui où il s'agit de l'achat de ce qu'on appelait *militia*. (*V. L. unic. C. de pign. et hyp.*)

b. sur tous les biens du débiteur :

1. au profit du fisc;

Fiscus semper (1) habet jus pignoris. (*Hermog. L. 46, § 3, de. jure fisci.*)

Universa bona eorum qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt. (*Anton. L. 1, C. in quib. caus. pign. tacit.*)

Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecæ sive pignoris prætendente : potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt. (*Anton. L. 1, C. si propt. publ. pens.*)

Certum est, ejus qui cum fisco contrahit, bona, veluti pignoris titulo (2) obligari, quamvis specialiter id non exprimatur. (*Idem. L. 2, C. eod.*)

In summa sciendum est, omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi. (*Modest. L. 17, de jur. fisc. Cf. Pap. L. 37, eod.*)

2. au profit du mari sur les biens de ceux qui ont promis la dot ; et au profit de la femme, sur les biens du mari (3), à raison de la restitution de la dot ;

Et ut plenius dotibus subveniat : quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis, tacitas hy-

(1) Cette proposition est beaucoup trop générale : voyez d'abord les *LL. 17 et 57, de jur. fisc.*, qui dénie l'hypothèque pour le recouvrement des amendes ; V. en outre, p. 448, la *L. 10, de pactis*.

(2) L'hypothèque du fisc était-elle privilégiée dans ces cas ? L'affirmative paraît résulter de la *L. 28 de jur. fisc.* ; mais les *LL. 8 et 21, qui pot. in pign.*, disent positivement le contraire.

(3) Il est évident qu'il s'agit des biens autres que ceux que le mari a reçus à titre de dot.

pothecas inesse accipimus : ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam : sive ex parte mariti, pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris, pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis : sive ipsæ principales personæ dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliæ pro his personæ : et dos sive adventitia, sive profectitia sit, secundum veteris juris nominationem... (*Justinian. L. unic., § 1, C. de rei ux. act. 530.*)

..... Præferri autem aliis creditoribus (1) in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius (2) providentia hoc induximus. (§ 29, *J. de act. Cf. L. ult. § 1, C. qui pot. et Nov. 97, cap. 2.*)

5. au profit de la femme, sur les biens du mari, à raison :

aa. de l'augment de dot ;

.....ut et dos, et augmentum similiter habeat adversus antiquiores creditores privilegium... (*ex Nov. 97. cap. 2.*)

....si autem mulier immobilium habens rerum substantiam, in rebus mobilibus scribat augmentum, sciat privilegium non habituram nisi in antiqua sola dote, non in figurato existente augmento. (*ex Nov. 97. ch. 2.*)

bb. de certaines créances paraphernales ;

Si mulier marito suo nomina.... quæ extra dotem sunt, dederit, ut loco paraphernorum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum.... si quidem in dotali instrumento hypothecæ pro his nominatim a marito scriptæ sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur, ex præsentî nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. (*Justinian. L. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.*)

(1) Justinien vient de parler de l'hypothèque tacite attachée au droit de répéter la dot. — Il paraît qu'avant lui une convention était nécessaire pour donner hypothèque à la femme, mais que cette hypothèque conventionnelle n'était pas primée par celle du fisc (*L. 2, C. de jure fisc.*).

(2) Quelques interprètes pensent qu'on étendit ce privilège aux enfans (*V. Nov. 91*).

cc. de la donation propter nuptias:

.... dedimus privilegium mulieribus dotium, ut etiam prioribus creditoribus præponantur et meliorem ordinem eas habere, et nec a tempore superatas: in donationibus autem propter nuptias secundum tempora per quæ fiunt, hypothecas habere (1)... (Ex Nov. 109, cap. 1, Cf. Nov. 97, cap. 2.)

L'hypothèque de la femme sur les biens du mari pouvait-elle quelquefois s'exercer durant le mariage?

Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas, pro dote et ante nuptias donatione rebusque extra dotem constitutis, tenere: non tantum mariti res ei tenenti, et super his ad iudicium vocatæ, exceptionis præsidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem præstamus, sed etiam, si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis, aliquam actionem secundum legum distinctionem moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus: sed ita eam posse easdem res vindicare vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis qui non potiora jura legibus habere noscuntur, ut potuisset si matrimonium eo modo dissolutam esset quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat; ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matrimonio inter eos constituto; sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti, filiorumque, si quos habet, utatur: creditoribus scilicet mariti contra eum ejusque res, si quas postea forte acquisierit, integra sua jura habentibus: ipsis etiam, marito et uxore, post matrimonii dissolutionem, super dote et ante nuptias donatione, pro dotalium instrumentorum tenore, integro suo jure potituris. (*Justin. L. 29, C. de jure dot.*)

(1) Cela est aussi établi dans la *L. 12 C. qui potior*, mais ce n'est pas cette loi qui a créé l'hypothèque à raison de la donation *propter nuptias*. Il est étonnant que le Code ne nous offre pas la Constitution créatrice de cette hypothèque.

4. au profit des pupilles ou mineurs (1), sur les biens des tuteurs ou curateurs;

Pro officio administrationis, tutoris vel curatoris bona, si debitorum existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est si tutor vel curator quis constitutus, res minorum non administraverit. (*Const. L. 20, C. de adm. tut.*) (2).

5. au profit des enfans,

aa. sur les biens du père administrateur des biens maternels compris dans le pécule adventice;

Sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis cæterisque donationibus, quas servare necesse est; et dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumue ab initio, an ex eo tempore ex quo male aliquid gestum est : compendiosa narratione interpretamur, initium gerendæ, vel deserendæ administrationis vel observationis esse spectandum, et non tempus ex quo male aliquid gestum fuerit. (*Justinian. L. 6, § 4. C. de bonis quæ liber. Cf. L. 8, § 5, C. de secund. nupt.*)

bb. sur les biens du père ou de la mère, pour les gains nuptiaux acquis aux enfans du premier lit par le fait du second mariage;

..... In illo etiam veterem sanctionem adimplentes, præcipimus, exemplo matris, cujus res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypotheca suppositæ sunt (3), ad conservanda

(1) La même faveur était-elle accordée aux autres incapables constitués en tutelle ou en curatelle ?

(2) On a cru trouver dans la *L. 12, C. rem alien. gerent.*, la preuve que cette hypothèque existait déjà du temps de Sévère et Antonin; mais cela me paraît fort douteux.

(3) Nous ne connaissons pas la loi qui avait accordé dans ce cas une hypothèque sur tous les biens de la mère remariée : dans la *L. 6, C. de secund. nupt.*, Léon et Anthemius ne donnent hypothèque que sur les biens que la mère avait reçus du père prédécédé.

eis lucra quæ ex priore matrimonio ad eam pervenerunt : patris quoque bona , quæ habet habiturusque est . filiis ex priore matrimonio natis , post secundas ejus nuptias , ad ea conservanda quæ ex eorum matre lucratus est , supposita esse . Illius etiam patris , qui in sua potestate talem liberum vel liberos habens , maternam eis substantiam , vel ex materna linea ad eos devolutam , servare compellitur : bona iisdem liberis supposita esse , ad conservandas easdem maternas res , decernimus : ita tamen , ut occasione talium hypothecarum , neque patris neque matris administrationem filii valeant perscrutari , vel aliquam eis movere super hoc questionem : cum perspicui sit juris , etiam si alienata fuerint eorum bona , quæ extra memorata lucra , vel maternas res sunt , jus hypothecæ integrum iisdem manere filiis . (*Justin.*, L. 8, § 4, *C. de secund. nuptiis*; *Cf. L. 6, § fin. C. de bon. quæ lib.*)

cc. sur les biens du second mari de la mère tutrice et remariée avant d'avoir rendu ses comptes.

..... Nam si malunt alia optare matrimonia , tutelam administrare non debent . Sed ne sit facilis in eas post tutelam jure susceptam irruptio , bona ejus primitus qui tutelam gerentis affectaverit nuptias , in obligationem venire , et teneri obnoxia rationibus parvulorum præcipimus : ne quid incuria , ne quid fraude depereat (*Valent. Theod. et Arcad. L. 2, C. quando mulier*; *Cf. L. 6, C. qui potior.*; et *Novell. 22, c. 40.*)

6. au profit des légataires, fidéi-commissaires et donataires à cause de mort (1), sur les biens de la succession (2).

V. ci-dessus, p. 435, la L 1, C. com. de legat.

(1) Il doit paraître d'abord étonnant que l'on ait accordé une hypothèque légale aux légataires, *qui certant de lucro captando*; tandis qu'on n'en accorde pas aux créanciers de la succession, *qui certant de damno vitando*; mais, ainsi que nous le verrons dans la *Section V*, les créanciers ont une garantie, au moins aussi avantageuse, dans la faculté que la loi leur attribue de demander la *séparation des patrimoines*.

(2) Cette hypothèque ne s'étend pas sur tous les biens de l'héritier; elle s'applique seulement à ceux qui sont provenus du testateur. On aurait dû peut-être la considérer comme formant un genre particulier.

B. par le magistrat ou par le juge (1).

1. gage prétorien proprement dit.

Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit (2), pignus constitui : (Ulp. L. 26, pr., de pign. act. Cf. L. 2, C. si in caus. jud. citée ci-dessus, p. 386, et L. 3, eod.)

2. gage judiciaire (3).

(V. Gaius, 4 Com. §§ 26, 27, 28 et 29.)

Res ob causam judicati datas, ejus jussu cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse, sæpe rescriptum est. Nam in vicem justæ obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. (Antonin. L. 1, C. si in caus. jud. pign. Cf. L. 10, qui pot. in pign. L. 58, de re jud.)

Si prætorium pignus quicunque judices (4) dandum alicui perspexerint, non solum super mobilibus rebus, et immobilibus, et se movenlibus, sed etiam super actionibus quæ debitori competant, præcipimus hoc eis licere decernere. (Justinian. L. 1, C. de præt. pign. Cf. L. 2 eod.)

(1) Il ne s'agit ici que du gage proprement dit, et en conséquence nous n'avons pas à distinguer, comme nous l'avons fait à la p. 435 ci-dessus, le cas où la sûreté affecte la totalité des biens du débiteur, du cas où elle n'affecte que telle ou telle chose déterminée.

(2) Voyez au Digeste, lib. XLII, tit. IV, quels sont les cas principaux dans lesquels le prêteur envoie en possession. Nous avons parlé ci-dessus, p. 387 et 388, des cas où l'envoi en possession confère le domaine bonitaire.

(3) Il est bon de faire remarquer que l'hypothèque que nous appelons ici *judiciaire*, ne résulte pas cependant immédiatement de la sentence rendue par le juge, mais d'un certain mode d'exécution que nous expliquerons dans notre Section VI.

(4) On voit que du temps de Justinien l'office du juge était confondu avec celui du prêteur.

§ III. *Comment s'éteint le droit de gage ou d'hypothèque :*

1°. *par l'extinction de la créance à laquelle ce droit est attaché* (1) ;

. . . *liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est.* (*Ulp. L. 6, quib, mod. pign. solv.*)

2°. *par la cessation ou résolution* (2) *du droit qu'avait sur la chose la personne dont la volonté ou le fait a constitué le droit de gage ou d'hypothèque ;*

Si *res distracta fuerit sic : nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emptor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto Digestorum ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata : quanquam ubi sic res distracta est : nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.* (*Ulp. L. 3, quib. mod. pign. solv. ; Cf. Gaius, L. 7, § 3, eod.*)

3°. *par la perte de la chose hypothéquée ;*

Sicut *re corporali extincta, ita et usufructu extincto* (3) *pignus hypothecae perit.* (*Marcian. L. 8, quib. mod. pign. solv.*)

(3) Dans la Section suivante, consacrée exclusivement aux *Obligations*, on verra de combien de manières les créances peuvent s'éteindre.

(2) Cela doit s'entendre du cas où le droit finit ou se résout en vertu d'une cause préexistante à la constitution de l'hypothèque et indépendante de la volonté du débiteur. Voyez ci-après, p. 451, l'article où nous traitons du *Domaine révocable*.

(2) On suppose que l'hypothèque a été constituée par un individu qui n'avait sur la chose engagée qu'un droit d'usufruit ; ce cas d'extinction me semble appartenir plutôt au N° précédent qu'à celui-ci ; mais les jurisconsultes romains semblent s'être placés dans un autre point de vue : pour eux, l'usufruit est la chose hypothéquée, et lorsque l'usufruit s'éteint, c'est la chose qui périt. Cette bizarrerie est une conséquence de la confusion qu'établit, entre l'objet des droits et les droits eux-mêmes, l'expression *choses incorporelles*.

Que doit-on entendre par perte de la chose ?

Si quis caverit ut sylva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris Cassius ait : quia aliud est materia, aliud navis (1). Et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait : *quæcumque ex sylva facta natare sint.* (Paul. L. 18 § 3, de pignerat. act.)

Si res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit : veluti de domo data hypothecæ et horto facta ; item si de loco convenit, et domus facta sit ; item de loco dato, deindè vineis in eo positis. (Marcian. L. 16, § 2, de pignorib. et hyp.)

Domo pignori data, et area ejus tenebitur : est enim pars ejus. Et contra, jus soli sequetur ædificium. (Paul. L. 21, de pign. act.)

4°. par la renonciation du créancier (1) ;

Creditor, ne pignori hypothecæ sit res, pacisci potest... (Marcian. L. 8, § 1, quib. mod. pign. solv. Cf. L. 4 ; de rem. pign.)

Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca... (Gaius, L. 7, pr., quib. mod. pign. vel hyp. solv.)

5°. par la réunion sur une même tête des qualités de créancier et de propriétaire de la chose hypothéquée ;

(V. ci-dessus, page 365, L. 29, de pignerat. act.)

(1) On voit, par ce que le jurisconsulte ajoute ensuite, qu'il ne s'agit ici que d'une question d'interprétation de la volonté individuelle.

(1) Cette renonciation peut être expresse ou tacite : quant à la première, il ne peut y avoir de difficulté ; la seconde a été l'objet d'une foule de décisions des jurisconsultes romains ; nous nous contentons de renvoyer au Livre XX, Titre 6 du Digeste.

6°. par l'expiration du temps pour lequel l'hypothèque a été constituée;

... liberatur..... sed et si tempore finitum pignus est (1), idem dicere debemus,.... (Ulp. L. 6, quib. mod. pign. solv.)

7°. par la prescription (2).

V. ci-dessus, p. 370, L. 44, § 5, de usurp., p. 378, L. 12, de div. temp. præsc., et p. 380, L. 8, C. de præsc. 30 vel 40 ann.

Diuturnum silentium longi temporis præscriptione corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit, præterquam si debitores vel qui in eorum jura successerunt, obligatæ rei possessioni incumbant. Ubi autem creditori a possessore longi temporis præscriptio obijcitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit. (Gordian. L. 1, C. si adv. cred. præsc. Cf. L. 2 eod.)

Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore, majore vel minore, sit introducta, ea mulieribus ex eo tempore opponatur ex quo possunt actiones movere : id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium ; minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit : cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere, jam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit : ficti divortii falsa dissimulatione, in hujusmodi causa quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda. (Justin. L. 30, C. de jure dot.; Cf. ci-dessus, p. 440, L. 29, eod.)

(1) Il me semble que c'est à tort que Pothier rapporte ce texte au cas de *Prescription* : par *finitum tempore*, le jurisconsulte me paraît avoir eu en vue le cas où le gage n'a été constitué que pour un temps.

(2) Nous avons dit ci-dessus, pag. 370, que l'ancienne *Usucapion* ne pouvait pas faire évanouir le droit d'hypothèque ; mais il en était autrement de la *Prescriptio longi temporis*, et Justinien a transporté cet effet de la *Prescription ancienne*, à sa nouvelle *Usucapion*.

APPENDIX A L'ART. VI.

§ 1. *Privilèges qui ne sont point accompagnés du droit de suite.*

PR.

Eos qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus (1) quæ personalibus (2) actionibus competunt, præferri constat. (*Diocl. et Max. L. 9, C. eod.*)

Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ (3). Et ideo quædam ad hæredem transmittuntur, quæ causæ sunt : quæ personæ sunt, ad hæredem non transeunt. (*Modest. L. 196, de reg. jur.*)

Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa (4) ; et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. (*Paul. L. 32, de reb. auct. jud.*)

Diverses espèces de privilèges non hypothécaires (5).

1°.

Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur ; quæ etiam omne debitum solet præcedere cum bona solvendo

(1) *V.* ci-dessus, p. 450, note 1, et p. 451, note 2.

(2) Nous avons dit ci-dessus, note 2 de la page 451, qu'il y avait exception à cette règle en faveur des frais funéraires.

(3) Cette division me paraît applicable aussi bien aux hypothèques privilégiées qu'aux simples privilèges attachés à une action *in personam*. Le § 29 *J. de act.* nous donne l'exemple d'une hypothèque privilégiée qui ne passe point aux héritiers.

(4) Quel est entre les privilèges l'ordre de préférence ? Les textes ne répondent pas complètement à cette question.

(5) Dans le Droit ancien, le plus intéressant des privilèges non hypothécaires était celui qui était attaché aux actions accordées à la femme, contre son mari ou les héritiers de son mari, pour le recouvrement de la dot ; mais, Justinien ayant transformé ce privilège en hypothèque, il ne doit plus en être question ici. *V.* ci-dessus, p. 458, la *L. unic. de rei uxor. act.* ; *V.* en outre *L. 12, C. qui pot. in pign.*

non sint. (*Mæcian. L. 45, de relig.; Cf. L. 17, de reb. auct. jud.*)

Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invecitis illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. (*Ulp. L. 14, § 1, de relig.*)

2°.

Respublica (1) creditrix omnibus chirographariis creditoribus præfertur. (*Paul. L. 38, § 1, de reb. auct. jud.*)

3°.

Et repeto, ante formam a divo Marco datam, divum Pium rescripsisse : *fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet* (2), *et cæteros privilegiarios exemplum creditorum* (3) *sequi oportere.* Hæc enim omnia in his creditoribus qui hypothecas non habent conservanda sunt. (*Ulp. L. 10, de pact.; Cf. L. 6, § 1, de jur. fisc.*)

4°.

In bonis mensularii vendendis, post privilegia, potiore corum causam esse placuit qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. — Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a cæteris creditoribus non separantur; et merito : aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis : et futurum eum qui vindicat ante privilegia. (*Ulp. L. 24, § 2, de reb. auct. vend.; Cf. L. 7, § 2 et 3, et L. 8, depositi.*)

(1) Cela était-il ainsi pour toutes les créances qu'une cité pouvait avoir?

(2) Comment concilier ce texte avec la *L. 46, § 3, de jure fisc.* (citée ci-dessus p. 457), qui dit que le fisc a toujours hypothèque?

(3) Il s'agit du cas où les créanciers d'une succession douteuse ont consenti une remise pour engager l'héritier à accepter.

5°.

Si sponsa dotem dederit nec nupserit, vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis, condictioni, favoris ratione, privilegium (2) quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit. (*Hermog. L. 74, de jure dot.; Cf. L. 17, § 1, et L. 18 de reb. auct. jud.*)

6°.

Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegiolocum esse manifestum est (1); nec interest, ipse debeat qui gessit sive heres ejus, cæterique successores. Ipse autem pupillus habet privilegium, sed ejus successores non habent. (*Ulp. L. 19, § 4, de reb. auct. jud. Cf. Paul., L. 23, eod.*)

Sed æquissimum erit cæteris quoque quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur (*eod. L. 19, § 4*), vel surdo vel muto (*Paul. L. 20, eod.*), vel fatuo (*Gaius, L. 21, eod.*), idem privilegium competere. (*Ulp. L. 22, eod.*)

Si ventri datus sit nec partus editus, privilegium cessabit. (*Ulp. L. 24, eod.*)

Sed si bonis curator datus sit, vel absentis vel dum deliberant scripti hæredes de adeunda hæreditate, non op-

(1) Il y a tout lieu de croire que ce privilège n'est qu'une extension du privilège personnel qu'on accordait à la femme mariée (*voy. L. 19, de reb. auct. jud. et L. unic. C. de privileg. dot.*), avant qu'elle eût l'hypothèque légale et privilégiée, dont nous avons parlé ci-dessus, pag. 451 et 452.

(2) Il résulte des *L. 22 de tutel. et rat., L. 44, § 1, et L. 42, de adm. et per.*, conférées avec la *L. 17, C. de adm. tut.*, qu'avant qu'une hypothèque fût accordée aux incapables constitués en tutelle ou curatelle, ils avaient un privilège personnel, dont celui que nous voyons ici n'était sans doute qu'une extension. — Au reste, est-il bien certain que lorsque ce privilège fut remplacé par une hypothèque, celle-ci ne reçut pas la même extension?

portebit privilegium dari : non enim in eadem causa est.
(*d. L. 22, § 1.*)

7°.

Quod quis navis fabricandæ, vel emendæ, vel armandæ (1), vel instruendæ causa, vel quoquo modo, crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum.
(*Marcian. L. 54, de reb. auct. judic. Cf. L. 26, eod.*)

8°.

Divus Marcus ita edixit : Creditor qui ob restitutionem ædificiorum crediderit (2), in pecunia quæ credita erit, privilegium exigendi habebit. Quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori, domino mandante, pecuniam subministravit (*Ulp. L. 24, § 1, de reb. auct. judic. Cf. L. 25, de reb. cred., et L. 1, de cess. bon.*)

9°. Subrogation aux privilèges précédents.

In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt. (*Ulp. L. 2, de cess. bon.*)

Eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit. Pervenisse autem quemadmodum accipimus ? Utrum si statim profecta est ab inferioribus ad privilegiarios ? An vero et si per debitoris personam, hoc est, si ante ei numerata sit, et sic debito-

(1) La *L. 5, qui pot.*, et surtout la *Nov. 97, ch. 3*, semblent accorder une hypothèque dans la plupart des cas prévus ici. (*Cf. Auth. ad L. 12. C. qui pot.*)

(2) Ne résulte-t-il pas de la *L. 1, in quib. caus.*, citée ci-dessus, p. 457, que, dans le cas de deniers empruntés pour la réparation d'un édifice, il y a hypothèque privilégiée, et non simplement privilège personnel ?

ris facta, creditori privilegiario numerata est? Quod quidem potest benigne dici : si modo non post aliquod intervallum id factum sit. (*Ulp. L. 24, § 3. de reb. auct. jud.*)

§ II. Quid du droit de rétention (1) ?

V. Gaius, L. 7. § 12. de adq. rer. dom.

ART. VII. DOMAINE RÉVOCABLE (2).

1^{er} CAS. *Union de deux choses, dont l'une n'est plus considérée que comme une partie intégrante de l'autre.*

V. ci-dessus, pages 296 et 297. les §§ 29 et 30. J. de rer. divis.

Si inferiorem partem ædificii, quæ solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus (tuus) imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur. Sed et id

(1) Je ne sais si dans le *droit de rétention*, il y a autre chose d'*absolu* que ce qui résulte de la *possession* que ce droit suppose. *V. ci-dessus* la note de la p. 266.

(2) Comme c'est toujours en traitant de quelqu'une des sources du *domaine révocable* que les textes s'occupent des effets de ce domaine, nous n'avons pas pu appliquer ici notre subdivision ordinaire; la question de savoir *quels sont les effets de ce domaine*, se trouvera traitée simultanément avec celle de savoir *par quels événemens on peut l'acquérir*.

Parmi ces événemens, ceux qui servent de base à la subdivision de cet Article sont exclusivement les événemens qui *font naître* le démembrement que nous appelons *domaine révocable*, et non ceux au moyen desquels ce domaine, une fois constitué, peut (excepté dans le premier cas dont nous allons parler) être *transféré* d'une personne à une autre. Quant à ces derniers événemens, nous nous contenterons de faire observer qu'ils ne sont autres que ceux qui transfèrent la propriété intégrale.

L'observation que nous venons de faire s'applique aux événemens qui *font perdre* le domaine révocable : ces événemens, à l'exception de ceux par lesquels le domaine redevient intégral (savoir : *la séparation de la chose accessoire*, et *l'accomplissement de la condition*), sont absolument les mêmes que ceux qui s'appliquent à la propriété intégrale.

quod in solo tuo ædificatum est, quoad in eadem causa manet, jure ad te pertinet (1). Si vero fuerit dissolutum : ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala ædificium extructum sit : si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint. (*Anton. L. 2, C. de rei vind.*.)

Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest ; sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno juncto ædibus : de quo nec ad exhibendum agi potest, quia Lex duodecim tabularum solvi vetaret ; sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur. (*Paul. L. 6, ad exhib.*)

II^e CAS. *Conditions proprement dites* (2) *dans les actes volontaires ayant pour objet la translation entre vifs du domaine.*

A. *Quid de la condition suspensive ?*

1^o.

Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatio-

(1) Si l'on appelle *domaine* le droit acquis, dans ce cas, sur la chose accessoire, par le propriétaire de la chose principale, il faut convenir que c'est un domaine bien restreint, car non-seulement les actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèque sont réputés nonavenus quant à la chose accessoire dès qu'elle devient chose principale, mais le *droit de modification* n'existe pas non plus véritablement à l'égard de cette chose.

(2) Il faut entendre ici par *condition* la clause qui fait dépendre d'un événement futur et incertain tout ou partie des effets qu'un autre événement, qualifié *manière d'acquérir le domaine* ou *source des obligations*, aurait pu produire immédiatement si cette clause n'avait pas existé. Il ne faut pas confondre les *conditions proprement dites* avec les *éléments essentiels* des diverses *manières d'acquérir* ou *sources d'obligations*, quoique ces éléments soient souvent appelés *conditions* par le législateur lui-même.

Nous avons à indiquer ici les événemens qui, à raison des conditions qui les modifient, produisent au lieu du domaine intégral un certain

ne, ea tamen conditione ut tunc demum mea fieret, cum Sejus consul factus esset : sive furente eo, sive mortuo Sejus

démembrement qu'on appelle ordinairement *domaine révocable*. — Nous disons : au lieu du *domaine intégral*, ce qui suppose que ces événemens sont des manières d'acquérir le domaine intégral ; on ne conçoit guère, en effet, comment un événement qui, non modifié, est incapable de produire le domaine intégral, se trouverait, lorsqu'une condition y est jointe, placé sur la même ligne où cette même condition peut placer une manière d'acquérir ce domaine.

Il est évident que l'on ne peut modifier par des *conditions proprement dites* que les événemens qui émanent de la volonté individuelle ; les particuliers sont maîtres de renoncer au bénéfice des autres événemens, mais comme ces événemens ne dépendent pas de leur volonté, cette volonté ne peut pas non plus en limiter les effets.

Les nombreuses différences que présentent, sous le rapport de la question qui nous occupe, les événemens qui transmettent la propriété entre vifs, et ceux qui donnent un successeur à un propriétaire décédé, nous engagent à fonder sur cette distinction une première division de la matière, que nous subdiviserons ensuite en vertu de la considération suivante :

Lorsqu'une condition vient modifier une manière d'acquérir, il en résulte : — ou bien, que celui qui était propriétaire au moment où cette manière d'acquérir a eu lieu, conserve le titre de propriétaire et le droit d'agir comme tel, sauf à voir son droit s'évanouir, et même les aliénations ou démembrements par lui consentis être considérés comme non avenus, si tel événement se réalise ; — ou bien, que le titre de propriétaire se trouve transféré à un autre individu, mais avec la chance pour lui de voir son droit s'évanouir, et même les aliénations ou démembrements qu'il pourrait consentir être considérés comme non avenus, par l'accomplissement de la condition.

Dans le premier cas, la condition s'appelle *suspensive*, elle s'appelle *résolutoire*, dans le second.

Pour qu'il naisse de la condition un domaine *révocable*, il faut le concours des deux effets que nous venons d'indiquer : il ne suffirait pas qu'un propriétaire (soit le propriétaire primitif, dans le cas de la condition *suspensive*, soit celui avec qui il a traité, dans le cas de la condition *résolutoire*) fût placé dans cette position, que, *tel événement arrivant*, son droit s'évanouira sans son consentement et par le seul effet de la condi-

consulatum adeptus fuerit, mea fiet. (*Julian. L. 2, § 5, de donat.*; — *Cf. Id. ibid. L. 1, pp.*, et *Pomp. L. 8, de reb. cred.*)

tion ; il faut que les aliénations ou démembrements par lui consentis, *pendente conditione*, deviennent comme non avenus lorsque la condition se réalise ; si le propriétaire conservait jusqu'à l'événement de la condition le droit de faire irrévocablement ce qu'un propriétaire intégral a droit de faire, tout ce qu'on pourrait dire, c'est que la condition a créé pour lui une manière particulière de perdre la propriété.

On objectera peut-être qu'un propriétaire qui se trouve exposé à une chance particulière de perte, doit *par cela seul* être considéré comme n'ayant plus le domaine complet. Je réponds que cela pourrait être vrai, si la chance dont il s'agit constituait pour une autre personne un droit absolu, mais non lorsqu'il n'en résulte qu'un droit relatif ; sans cela, il faudrait considérer comme démembré le domaine de tout propriétaire qui a contracté une obligation.

Dans cette *Section*, il ne devrait pas plus être question des *démembrements relatifs*, que de toute autre espèce de *droits relatifs* ; néanmoins, il nous a paru nécessaire de signaler, à côté des véritables sources du domaine révocable quelques cas où il n'existe à notre avis qu'un démembrement relatif, ces cas ayant une si grande analogie avec ceux où s'établit le domaine révocable, que beaucoup de jurisconsultes ont été tentés de les confondre. — C'est par une raison analogue, c'est-à-dire, afin que la comparaison des règles qui s'appliquent aux actes de dernière volonté avec celles qui concernent les actes entre vifs fasse mieux comprendre ces dernières, que nous avons cru devoir nous occuper dès à présent de l'effet des conditions appliquées à quelques-uns des événemens qui sont l'objet spécial de notre *V^e Section*.

Parmi les actes entre vifs, la *tradition*, et quelquefois (savoir, dans le petit nombre de cas où elle n'est pas simplement une source du droit relatif) la *convention*, paraissent être, dans le dernier état du Droit romain, les seuls actes émanés de la volonté individuelle et ayant pour objet la transmission entre vifs du domaine, qui soient susceptibles de *conditions proprement dites*. Il y a tout lieu de croire que la *mancipatio* et la *cessio in jure* de l'ancien Droit n'admettaient pas de conditions (*V. Fragm. Vat.*, § 50 et 529) : en effet, si elles en eussent été susceptibles, pourquoi, au lieu d'établir par l'une ou l'autre de ces manières d'acquérir un domaine révocable, aurait-on donné au créancier gagiste la propriété intégrale, sauf l'effet de la fiducie (*V. ci-dessus*, p. 428) ?

Si quis sic donavit, *ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est* : sine dubio donator poterit rem vindicare ; mortuo eo (1), tunc is cui donatum est. (*Ulp. L. 29, de mort. caus. don.*)

Si res alicui tradidero, *ut, nuptiis secutis, dotis efficiantur*, et ante nuptias decessero : an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant ? Et vereor ne non possint in dominio ejus effici cui datae sunt : quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit ; quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur conditio nuptiarum, jam hæredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium, invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium, necessitatem imponi hæredi consentire ei quod defunctus fecit ; aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo, dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata. (*Ulp. L. 9, § 1, de jure dot.*)

Si res in dotem dentur..... ante matrimonium..... siquidem sic dedit mulier, *ut tunc efficiantur (mariti) cum nupserit*, sine dubio dicemus, tunc ejus fieri cum nuptiæ fuerint secutæ. Proinde, si forte nuptiæ non sequantur, nuncio remisso statim eas vindicabit. — Sed ante nuncium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindican-

(1) Ces mots expriment ici l'accomplissement de la condition, *si mors contigisset* ; mais que signifient, dans la *L. 2, § 5, de donat.*, les mots *sive furente, sive mortuo* ? Celui qui a livré conserverait-il jusqu'à l'événement de la condition, non-seulement le droit de propriété sur la chose livrée, mais encore le droit de déclarer qu'il n'entend plus que l'accomplissement de la condition fasse passer cette propriété à un autre ? et Julien aurait-il simplement voulu dire qu'il suffit, pour que la propriété soit transférée au moment où la condition s'accomplit, que pareille déclaration n'ait pas eu lieu, et qu'un nouveau consentement n'a pas besoin d'être exprimé ? — Il reste à savoir comment, pour le cas *sive mortuo*, on conciliera Julien avec Ulpien, qui, dans la loi suivante, suppose qu'en général un nouveau consentement est nécessaire de la part de l'héritier, lorsque l'événement de la condition ne s'est pas réalisé du vivant du donateur.

ti, aut doli, aut in factum : doti enim destinata non debent vindicari (1). (*Paul. L. 7, § 3, de jure dot. Cf. ; Ulp. L. 9, pp. eod.*)

2°.

Ex conditionali stipulatione tantum est spes debitum iri, eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si priusquam extet conditio, mors nobis contigerit. (§ 4, *J. de verb. obl. ; Cf. LL. 10 et 54, de verb. sign. et L. 42, de O et A.*)

..... Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio.....
..... quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, hæredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum. (*Paul. L. 8, pp. de peric. et comm. rei vendit.*)

..... Quod si, pendente conditione, res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore; et quod pretii solutum est, repetetur (2), et fructus medii temporis venditoris sunt.... (*Idem, ibid. ; Cf. Paul. L. 2, § 2, pro empt., et L. 4, de in diem. addict.*)

(1) Si l'on donne l'exception de dol contre celui qui revendique une chose après avoir consenti l'aliénation de cette chose sous une condition dont il dépend de lui jusqu'à un certain point d'empêcher l'accomplissement, comment n'accorderait-on pas *a fortiori* cette exception contre celui qui revendique la chose donnée sous une condition tout-à-fait casuelle, comme dans le cas de la *L. 2, § 5, de don.* ?

(2) Il faut évidemment sous-entendre ici, *si conditio defecerit*. — Si l'on admet que c'est dans l'intérêt des tiers, et comme moyen de publicité, que le législateur romain, au lieu de se contenter d'une manifestation quelconque de la volonté des parties, a exigé la *tradition* pour complément de cette volonté à l'effet de transférer et d'acquérir la propriété, on ne voit pas pourquoi, après la tradition, le propriétaire, qui s'est en quelque sorte dessaisi conditionnellement vis-à-vis de celui qui détient maintenant la chose, conserverait cependant son droit intégral de propriété. On concevrait plutôt que la tradition transférât le droit intégral malgré les conventions antérieures, toutes les fois qu'il n'a pas été expliqué dans la tradition même, c'est-à-dire avec la même publicité qui, au moins dans

B. Condition résolutoire.

1°. Dans la donatio mortis causa.

..... si quis sic donavit ut jam nunc haberet , redderet si convaluisset vel de prælio vel peregre rediisset ; potest defendi (1) in rem competere donatori, si quid horum contigisset ; interim autem ei, cui donatum est (2). Sed et si

l'origine, devait accompagner cet acte, que le propriétaire entendait ne transférer qu'un domaine suspendu, et se réservait en conséquence un domaine révocable. — Il faut convenir que le dernier état du Droit romain présente, sous le rapport de l'aliénation totale ou partielle de la propriété, les plus bizarres incohérences.

(1) Ces mots prouvent que l'opinion adoptée par Ulpien souffrait difficulté. — Au surplus, ce texte ne dit pas si les actes faits par le donataire, comme propriétaire de la chose donnée, sont réputés non venus à l'égard du donateur par l'événement de la condition résolutoire, quelle que soit d'ailleurs la nature de cette condition. Dans la *L. 7, § 3 pp, de jure dot.* Paul, dans un cas où la propriété a été transférée avec la condition (à la vérité sous-entendue) *qu'on restituerait si tel événement arrive*, n'accorde que la condiction, c'est-à-dire une action personnelle, à la femme qui a donné *sic : ut statim viri res fiant.*

Il est assez remarquable que presque tous les textes qui admettent, à l'égard des actes entre vifs, non-seulement le retour de la propriété sans tradition, mais même la révocation des aliénations ou démembrements consentis par celui qui était devenu propriétaire à charge de restituer, sont des passages d'Ulpien. On expliquerait peut-être comment le Digeste présente si peu de textes sur cette matière, en supposant que Justinien, après avoir adopté l'opinion d'Ulpien, a supprimé tous les passages où une opinion différente était professée par d'autres jurisconsultes. — Il est cependant resté quelques vestiges de cette opinion. Voyez Paul, *L. 59, de mort. caus. don.*, et *L. 12, de cond. caus. dat.*, Tryphon. *L. 76, de jur. dot.*, Julien, *L. 19, de mort. caus.*, et le même Julien, cité par Ulpien dans la *L. 57, § 1, cod.*

(2) Remarquez que si pareille donation était faite entre époux, le donataire ne deviendrait pas propriétaire avant l'événement de la condition : une loi spéciale s'y oppose ; cependant le donateur n'a plus qu'un domaine révocable (*V. L. 49, de mort. caus. don.*, et *L. 11, § 9, de don. int. vir et ux.*) : la loi transforme, en quelque sorte, la condition résolutoire en condition suspensive, mais en donnant à celle-ci l'effet qu'elle produit dans les legs. (*V. ci-après, p. 462.*)

morie præventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori. (*Ulp. L. 29, de mortis caus. donat.*)

Qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condictionem vel utilem (in rem) actionem habet. (*Ulp. L. 30, eod.*)

2°. *Quid dans la donation avec charge ?*

Si (ut proponis) pater tuus ea lege sorori tuæ prædia, cæteraque quorum meministi, donavit, ut creditoribus ipsa satisfaceret, ac, si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est, non est iniquum actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patre successisti, decerni. (*Alexand. L. 2, C. de condict. ob. caus. dat.*)

3°. *Quid de la clause de retour, dans la donation entre vifs ?*

Si rerum tuarum proprietatem (dono) dedisti, ita ut, post mortem ejus qui accipit, ad te rediret, donatio valet : cum etiam ad tempus certum, vel incertum ea fieri potest ; lege scilicet, quæ ei imposita est, conservanda. (*Diocl. et Max. L. 2, C. de donat. quæ sub mod.*)

4°. *Quid, dans la donation entre vifs, de la clause de restitution à un tiers ?*

Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris juris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit : placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel hæredibus ejus, condictionis actionis persequutionem competere. Sed cum postea benigna juris interpretatione divi Principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem, juxta donatoris voluntatem, competere admiserint : actio, quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competeat, tibi accomodabitur. (*Diocl. et Max. L. 3, C. de donat. quæ sub mod.*)

5°. *Pacte appelé : addictio in diem, dans la vente (1).*

Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem

(1) Ce pacte, comme plusieurs autres du même genre, fait naître les questions suivantes : 1° la condition résolutoire se réalisant, la pro-

attulerit, recedatur ab emptione : post, allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed (et) si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest; postea non poterit. (Ulp. L. 41, de rei vind.)

..... Marcellus, lib. V. Digest. scribit : pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus esset : alioquin nec pignus teneret. (Ulp. L. 4. § 5, de in diem add. Cf. L. 3, quib. mod. pign. citée, p. 445.)

Ubi igitur, ... pura venditio est, Julianus scribit, hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse (Ulp. L. 2, § 1, de in diem add.; Cf. Id. L. 4, § 4, eod., et L. 11, § 10 et 12, quod vi aut clam.)

6°. *Pacte appelé : lex commissoria, dans la vente.*

Mulier fundos Gajo Sejo vendidit, et acceptis arrhæ nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquæ pecuniæ; quibus si non paruisset, emptor pactus est, ut arrham perderet, et inemptæ villæ essent : die statuto emptor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavisse, defuisse autem venditricem : posteriore autem die nomine fisci testato conventus emptor est, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. Quæsitum est,

priété revient-elle au vendeur sans qu'il y ait besoin, soit de la tradition, soit de toute autre manière d'acquérir la propriété ? 2° les alienations et démembrements consentis par l'acquéreur sont-ils considérés comme non avenus à l'égard du vendeur ? — Ce n'est, comme nous l'avons dit ci-dessus, qu'autant qu'on résout affirmativement ces deux questions, qu'on pourra voir dans les effets des pactes dont il s'agit, l'espèce particulière de démembrement que nous appelons *domaine révocable*.

an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice *vindicari* debeant ex conventione venditionis? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, non commisisse in legem venditionis emptorem. (*Scævola. L. 8, de leg. comm.*)

Commissoriæ venditionis legem exercere non potest qui post præstitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. (*Alex. L. 4, C. de pact. inter empt. et vend., Cf. L. 8, de leg. comm.*)

Qui ea lege prædium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur (1) : si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet; sed actionem ex vendito. (*Alex., L. 3, C. de pact. inter empt. et vend.*)

7°. Quid, dans la vente, du patte de retro-vendendo ?

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi, sive hæredes eorum, emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictæ, hæres emptoris non paret; ut contractus fides servetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur (2), habita ratione eorum quæ, post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad adversarium pervenerunt. (*Alex. L. 2, C. de pact. int. empt. et vend. et Procul., L. 12, de præsc. verb.*)

(1) On a dit, pour concilier cette loi avec les deux précédentes, que c'est l'intention des parties qui détermine les effets de la *lex commissoria*, et que le mot *reverteretur* exclut, tant qu'il n'y a point de preuve contraire, l'idée d'un domaine conservé éventuellement par le vendeur.

(2) L'empereur semble bien reconnaître qu'ici les aliénations et démembrements consentis par l'acheteur ne pourront pas être annulés; cependant, il ne s'agit pas, comme dans les textes qui vont suivre (et aussi dans la *L. 9, de add. in diem*), d'un pacte fait dans l'intérêt de l'acheteur.

8°. Quid, *encore dans la vente, du pacte si displicuerit ?*

Si res ita distracta sit. *ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione* (Ulp. L. 3, de cont. empt., Cf. Id. L. 12, § 22, de ædil. edict., et Paul. L. 2, § 5, pro empt.)

Si convenit : *ut res quæ venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.* (Paul. L. 6, de resc. vend.) *ubi sic res distracta est : nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet* (1). (Ulp. L. 5, quib. mod. pign.)

III^e CAS. Conditions proprement dites dans les actes de dernière volonté (2) ayant pour objet la transmission du domaine.

A. Condition suspensive.

1°. Quid de la condition qui affecte l'institution d'héritier ? (3)

Hæres, quandoque adeundo hæreditatem, jam tunc à morte successisse defuncto intelligitur. (Florent. L. 54, de adq. vel omit hæred.)

(1) On conçoit facilement pourquoi Ulpien lui-même n'admet pas dans ce cas la résolution des démembrements consentis par l'acheteur : il ne doit pas dépendre de la volonté de celui qui a constitué un gage, de rendre vaine la convention qu'il a faite. — Au reste, il y a lieu de croire que, dans l'espèce de cette loi 5, il n'y a pas même retour de la propriété sans tradition et par cela seul que l'acheteur déclarera que la chose lui déplaît ?

(2) Nous nous contenterons de citer ici quelques textes pour donner une idée des principes qui régissent la matière ; mais tous les développemens doivent être renvoyés à notre IV^e Section.

(3) Quoique l'on dise souvent que l'hérédité est une personne fictive,

2. *Condition suspensive dans les legs ou fidéi-commis* (1).

Illud quæritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est, pendente conditione, cujus esset? Nostri præceptores hæredis esse putant, exemplo statu-liberi, id est, ejus servi qui testamento sub aliqua conditione liber esse jussus est, quem constat interea hæredis servum esse. Set diversæ scholæ auctores putant, nullius interim eam rem

L'héritier est toujours considéré (sauf quelques exceptions pour ce qui a rapport à la *possession*) comme ayant succédé immédiatement au défunt. D'ailleurs l'hérédité, être purement fictif, ne pouvant ni aliéner ni consentir des démembrements, il importerait peu qu'on la considérât comme ayant eu un domaine révocable pendant que l'héritier attendait l'événement de la condition, ou même (suivant ce que nous dirons plus loin du cas des *conditions légales*), dans l'hypothèse d'une institution pure et simple, pendant le temps qui sépare le moment où l'héritier aurait pu faire adition de l'hérédité, de celui où il l'a faite en effet.

Mais, ce que nous venons de dire ne semble pas parfaitement applicable au cas de la substitution pupillaire ou exemplaire, quoique, même dans ce cas, le substitué soit en général considéré comme institué sous condition; en effet, pendant que les biens du testateur reposent sur le pupille, il peut y avoir aliénation ou démembrement; or, en supposant qu'on n'invalide que les actes faits avec intention de frauder le substitué, ce serait assez pour qu'on fût autorisé à considérer l'institué comme investi seulement d'un domaine révocable? — Si au lieu de faire une substitution proprement dite, le père avait simplement prié son fils de remettre à sa mort tous ses biens à telle personne, il faudrait appliquer ce que nous dirons ci-après, p. 464, des *fidéi-commis* en général.

(1) Il est évident que dans les legs *per damnationem*, qui imposaient simplement à l'héritier une obligation de donner ou de faire, il ne pouvait être question de domaine révocable. Il faut en dire autant des *fidéi-commis*, soit universels, soit particuliers, où il n'y avait qu'une simple prière adressée par le défunt à l'héritier. — Au reste, depuis Justinien, l'effet des dispositions testamentaires ne dépendant plus des termes dont le défunt s'est servi, il faut appliquer (toutes les fois que d'ailleurs la nature des choses le permet) ce qui était établi anciennement pour les legs *per vindicationem* aux autres espèces de legs, et même aux *fidéi-commis*.

esse : (quod multo magis dicunt de eo quod sine conditione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.) (*Gaius*, 2 *Com.*, § 200.)

Res quæ sub conditione legata est, interim hæredum est : et ideo venit in familiæ erciscundæ judicium, et adjudicari potest : cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo cui adjudicata est (1).... (*Ulp.* L. 12, § 2, *fam. erc.*, Cf. *Paul.* L. 66, de *rei vind.* ; et L. 17, quib. *mod. usuf. junct.* L. 57 de *usuf.*)

Idem et in statu-libero dicitur, qui interim est hæredum, existente autem conditione ad libertatem pervenit. (*Ulp.* L. 12, § 2, *fam. erc.* Cf. L. 12, § 5, in *fin. de usuf.*)

Sub conditione servus legatus, pendente conditione pleno jure hæredis est ; sed nullam libertatem ab eo consequi potest, ne legatario injuria fieret. (*Gaius*, L. 29, § 1, qui et a quib., Cf. *Paul.* L. 11, de *manumiss.*)

Si servum sub conditione legatum hæres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. (*Gaius*, L. 69, § 1, de *legat.* 1^o.)

Si fundum a testatore legatum (sit) nec locum religiosum in eo fundo hæres facere, nec servitutem imponere poterit ; sed imposita servitus finietur existente conditione. (*Pomp.* L. 105, de *cond. et dem.*)

Videamus an adquisitæ sequantur legatarium ? Et magis

(1) La condition une fois réalisée, le légataire est censé avoir reçu la propriété du testateur sans intermédiaire ; voyez cependant la L. 1, § 4, de *senat. Silan.*, où cette fiction est abandonnée dans l'intérêt de l'héritier seul, et les LL. 11, § 1, in *fin.*, *quemadm. serv. amitt.*, et 17, quib. *mod. usuf. amitt.*, où l'on s'en écarte, tout à la fois dans l'intérêt de l'héritier et dans celui du légataire. — Que signifient à la fin de cette loi les mots : *aut deficiente conditione ad eos revertatur a quibus pro facta est* ?

dicendum est ut sequantur. (*Marcel. L. 11, § 1, quemad. servit. amitt (1).*)

Sin autem sub conditione, vel sub incerta die, fuerit relictum legatum vel fideicommissum (universitatis vel speciale), vel substitutione, vel restitutione (2) : melius quidem faciet (3), si et in his casibus caveat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat ; sin autem avaritiæ cupidine, propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem, vel hypothecam prosiluerit, sciat quod, conditione impleta, ab initio causa in irritum devocetur : et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata : ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat ; quod similiter (obtinere) censemus in hujus modi (*in omnibus?*) legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die, relicta sint ; sed in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, et sibi ad-

(1) Cette décision est confirmée par la *L. 17, quib. mod. usuf.*, où nous voyons que l'héritier a pu, *pendente conditione*, vendre la chose à celui qui en avait déjà l'usufruit, et que la résolution de son droit n'empêche pas que l'usufruit n'ait été éteint à partir du moment où l'usufruitier a acquis la nue propriété. — Ainsi, si l'on peut, sous quelques rapports, dire que le testateur est censé avoir vécu jusqu'au moment où la condition se réalise, il faut commencer par faire une exception pour le cas où il importe au légataire lui-même que les actes de l'héritier soient considérés comme valables.

(2) Quel est le sens de ces deux mots ? Justinien aurait-il en vue le cas où le légataire (ou bien le fidéicommissaire) est chargé de rendre à un tiers ? Ce serait alors une condition résolutoire.

(3) En lisant cette loi de Justinien, on serait tenté de croire qu'avant lui tout légataire dont le droit était suspendu par une condition, devait, après l'événement de la condition, respecter les aliénations ou démembrements effectués par l'héritier ; de sorte que le legs n'eût jamais conféré qu'un droit *relatif*, comme les stipulations conditionnelles. Mais les textes précédents s'opposent à cette opinion quant aux legs *per vindicationem*. Il faut sans doute entendre la loi 3 dans ce sens qu'elle applique à tous les legs ou fidéicommisses qui n'appartenait anciennement qu'aux legs *per vindicationem*.

signare, nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo. (*Justin. L. 3, § 3, C. comm. de leg.*)

B. Condition résolutoire.

Quid par rapport au domaine de l'héritier (1) ?

Hæres institui ex certo tempore aut ad certum tempus non potest ; veluti, post quinquennium quam moriar, vel ex calendis illis, vel usque ad calendas illas, hæres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet : et perinde esse ac si pure hæres institutus esset. (*Inst. § 9, de hæred. instit.*)

Mucianæ cautionis utilitas consistit in conditionibus quæ in non faciendo sunt conceptæ : ut puta, *si in capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit*, et in similibus : et ita Aristoni, et Neratio, et Juliano visum est : quæ sententia et constitutione Divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, *verum in hæreditatibus* quoque idem remedium admissum est. (*Ulp. L. 7, pp. de condit. et dem., Cf. L. 76, § 7, de leg. 2°, et L. 79, § 2, de cond. et dem.*)

Julianus scribit eum qui ita hæres institutus est, *si servum hæreditarium non alienaverit*, caventem cohæredi implere conditionem. (*Ulp. L. 1, § 1, de cond. inst.*)

Quid, par rapport au domaine du légataire ou du fidéi commissaire ?

Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum non habeant : quia nec tempore, aut

(1) Je ne connais pas de texte où il soit question d'une condition résolutoire établie en termes exprès, par rapport à la qualité même d'héritier.

Mais, quant au domaine de l'héritier sur la chose léguée, on peut dire qu'il y a condition résolutoire tacite, dans le cas des legs sous condition suspensive. — Dans le cas du fidéicommiss de *restituenda hæreditate*, ou de *restituendo quod supererit*, comme dans le cas de l'institution faite sous une condition *quæ in non faciendo concepta est*, il me paraît évident que, du moins jusqu'à Justinien, il n'y avait pas démembrement du domaine.

conditione finiri obligatio hæredis (1), legatorum nomine, potest. (*Pompon., L. 55, de legat. 1^o.*)

Illud quod de legatis vel fidei commissis temporalibus, ut pote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus : sancientes etiam talem legatorum, vel fidei commissorum speciem valere, et firmatam habere. Cum enim jam constitutum sit, fieri posse temporales donationes, et contractus : consequas etiam legata, et fideicommissa. quæ ad tempus relicta sunt, ad eadem similitudinem confirmari : post completum videlicet tempus, ad hæredem iisdem legatis, vel fidei commissis remeantibus, necessitatem habente legatario, vel fideicommissario cautionem in personam hæredis exponere (2), ut (ei) post transactum tempus res non culpa ejus deterior facta restituatur. (*Justin. L. 26, C. de legat.*)

IV^e CAS. Conditions proprement dites dans les actes judiciaires par lesquels la propriété peut être transférée (3).

Arg. des *L. 21 et L. 6, § 10, comm. div., L. 22, § 3, fam. ercisc. et L. 6, § 1, de usuf.*

(1) On invoque ordinairement la *L. 55, de legat. 1*, pour soutenir que le domaine du légataire ne peut être soumis à une condition résolutoire ; mais les mots *hæredis obligatio* qu'on trouve dans cette loi, prouvent que le jurisconsulte n'a pensé qu'au legs *per damnationem*. On ne voit pas trop pourquoi il ne pourrait pas être établi, par une clause expresse, un domaine révocable pour le légataire. — Au reste, ce domaine, qui n'existe pas dans le cas où il y a simplement lieu à la caution mucienne, se trouve exister, ce me semble, dans le cas de la *L. 67, de cond. et dam.*, où la chose léguée à l'un sous une condition négative est ensuite léguée à un autre sous la condition contraire.

(2) La *L. 26*, en soumettant le fidéi-commissaire *ad tempus* à donner caution, semble reconnaître qu'il a le domaine intégral ; mais, d'un autre côté, le substitué ne peut-il pas prétendre qu'il a un domaine éventuel, en vertu de la *L. 3, § 36, comm. de legat* ?

(3) Si la manifestation régulière de la volonté du juge suffit pour transférer le domaine dans les *partages* ou *bornages*, c'est, sans doute, parce que cette manifestation a un caractère de publicité qui rend inutile la tradition considérée comme moyen d'avertir les tiers ; or, les conditions

V^e CAS. *Conditions légales* (1).A. *Dans les manières d'acquérir entre vifs.*

1^o. Quid du non-paiement du prix, lorsque le vendeur qui a livré la chose n'a pas cependant entendu suivre la foi de l'acheteur?

V. ci-dessus, p. 287, le § 41, J. de rer. div..

auxquelles le juge pourrait trouver convenable de soumettre les adjudications qu'il prononce, ayant la même publicité que ces adjudications mêmes, on ne voit pas pourquoi le droit éventuel que le juge a voulu conférer à l'une des parties ne serait point *absolu*, et ne réduirait pas, en conséquence, le droit de l'autre partie à un domaine révocable.

(1) Que faut-il entendre par *conditions légales*? — Toutes les fois qu'une manière d'acquérir se compose de plusieurs événemens, chacun de ces événemens est, en quelque sorte, une *condition* de l'effet que le législateur, le juge, ou les particuliers ont voulu produire. — Mais, dans l'usage ordinaire, on n'appelle guère *conditions*, au moins en matière d'acquisition du domaine, que ceux de ces événemens qui, se réalisant après les autres (auxquels on réserve alors la dénomination d'*élémens essentiels* de telle ou telle manière d'acquérir), suspendent la translation du droit de propriété, ou bien font revenir ce droit à celui que les premiers événemens en avaient dépouillé. C'est dans ce sens que nous prendrons ici le mot *conditions*; tout en faisant observer que quelques jurisconsultes restreignent davantage l'acception de ce mot, et rangent parmi les *élémens essentiels* des manières d'acquérir tout ce qui est *constamment* nécessaire pour qu'en vertu de ces manières la propriété soit, non-seulement acquise, mais irrévocablement acquise. Ce qui distingue ce que nous appelons *conditions légales* des *conditions proprement dites*, c'est que dans celles-ci la volonté des particuliers est la seule cause qui empêche l'événement auquel ces conditions s'appliquent de transférer immédiatement et irrévocablement le domaine. — Lorsque le législateur, en soumettant à telle condition une *déclaration de volonté individuelle* (soit convention, soit testament), ne fait qu'exprimer ce que les parties auraient exprimé elles-mêmes si elles y avaient pensé ou si le législateur ne les en avait en quelque sorte dispensées, on peut dire, qu'il y a plutôt *condition proprement dite*, mais *tacite*, que *condition légale*. — Nous avons cependant ici réuni ces *conditions tacites* aux véritables *conditions légales*, sauf à signaler, lorsqu'il y aura lieu, les différences qui peuvent se

Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quæ dedisti repetitio competit (1). (*Diocl. et Max., L. 8, C. de cont. empt.*)

2°. Quid de l'inexécution des autres charges imposées à l'acheteur?

Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede inductum ipse habeat; vel si vendat, non alii sed sibi distrahat; vel simile aliquid paciscatur; ad complendum (id) quod pepigerunt, ex vendito agere poterit. (*Hermog. L. 75, de cont. empt.*)

3°. Quid de l'inexécution des charges imposées par celui qui a livré à celui qui a reçu, dans les conventions commutatives autres que la vente?

Ob rem datur..... ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit (*Pompon. L. 52, de condict. indeb.*)

..... ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse de qua convenit: sed, ut res contra nobis redda-

rencontrer entre les effets des unes et les effets des autres. Mais Nous séparerons encore ce qui concerne les manières d'acquérir entre vifs de ce qui a rapport aux manières d'acquérir par décès. Nous ne nous occuperons maintenant de celles-ci qu'autant qu'il est utile de le faire pour mettre plus en évidence les principes qui régissent les premières; et nous renverrons à notre IV^e Section les conditions légales qui se rapportent à la dot ou aux donations entre époux, parce qu'il serait difficile d'en parler sans entrer dans l'explication d'un grand nombre de règles spéciales dont les engagements de famille sont l'objet.

(1) Pour concilier la *L. 8, C. de cont. empt.*, avec le principe posé dans le paragraphe des Institutes, il faut, sans doute, supposer que les circonstances prouvaient que le vendeur n'avait pas entendu suivre la foi de l'acheteur. Ce n'est peut-être pas sans dessein que les Empereurs ont employé dans ce rescrit le mot *dedisti* et non le mot *tradidisti*. Au reste ne pourrait-on pas tirer argument de la *L. 7, § 3, de jur. dot.* (citée p. 455) pour prétendre qu'en offrant le prix, l'acheteur peut repousser la revendication par l'exception de dol, au moins, lorsque cette action est exercée par le vendeur même?

tur, conditioni locus est, quasi re non secuta. (*Paul L. 1, § 4, de rer. permut. Cf. L. 6, C. de pact. int. empt.*)

4°. *Quid des charges imposées à un donataire ?*

Si doceas (ut affirmas) nepti tuæ ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta præberet : vindicationem etiam (in hoc) casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes : id est, actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam, (non solum) condictio quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio, jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sauxerunt. (*Valer. et Gall. L. 1, C. de donat. quæ sub mod.*)

5°. *Quid de l'ingratitude du donataire (1) ?*

... si... donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ... donationes everti concedimus (2), ne sit cuiquam licentia, ... alienas res capere, ... et ipsum donatorem..... malis ab ingrato..... affici. (*Justin. L. 10, C. de revoc. donat. Cf. L. 7, et L. 9 de revoc. donat. (3).*)

6°. *Quid de la survenance d'enfans au donateur ?*

Si unquam libertus patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea suscepit liberos, totum quicquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. (*Constantin et Const. L. 8, C. de revoc. donat.*)

(1) Justinien ayant mis au nombre des cas d'ingratitude l'inexécution des charges imposées au donataire, le cas précédent rentre dans celui-ci.

(2) Justinien ne décide pas que les aliénations ou démembrements consentis par le donateur seront non avenus ; il ne dit pas même que l'action *in rem* pourra être exercée.

(3) Justinien a généralisé ce que Constantin et Théodose n'avaient admis que dans certains cas. — La *L. 7*, pour le cas particulier où elle admettait l'ingratitude comme une cause de révocation, accordait l'action *in rem*, mais maintenant les aliénations ou démembrements consentis avant que la révocation eût été demandée.

B. Dans les manières d'acquérir par décès.

1°. Quid de la condition d'adition de l'hérédité, par rapport à l'acquisition, par l'héritier, du domaine des choses héréditaires (1)?

V. ci-dessus, p. 461, la *L.* 54, de *adq. vel am. hæ.*, et *Cf.* *LL.* 95 et 138, de *R. J.*, 2° *L.* 38, de *legat.*, et *L.* 13, § 2, ad *leg. Aquil.*

2°. Quid de la condition de l'adition d'hérédité, par rapport au droit du légataire, dans le cas du legs per vindicationem (2)?

V. ci-après le § 195, 2 *Com.* de *Gaius*, et *Cf.* *L.* 55, quand. *dies leg.*

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hæreditas hæredis res singulas : quod eo pertinet, ut, si pure res relictæ sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem : recta via dominium, quod hæreditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum hæredis (3). (*Papin. L.* 80, de *legat.* 2°. *Cf. Ulp. L.* 7, quand. *dies leg.*; *Julian. L.* 40, de *nox. act.*; *Nerat. L.* 64, de *furt.*; et *Ulp. L.* 4, de *usu et usuf.* — *Vide tamen Ulp. L.* 15, ad. *leg. Aquil.*, et *Javol. L.* 38, de *leg.* 2°.)

3°. Condition de l'acceptation du légataire pour que le domaine de la chose léguée lui soit acquis.

Sabinus quidem et Cassius, cæterique nostri præceptores, quod..... legatum sit (per vindicationem), statim post adi-

(1) Cette condition ne fait pas naître un domaine révocable, parce que, conformément à la *L.* 54, on feint en général que l'héritier a succédé immédiatement au défunt. (*V.* ci-dessus, p. 461, la note 3.)

(2) *V.* la note 1 de la p. 462 ci-dessus.

(3) Il est bien certain que pendant le temps qui a précédé l'adition d'hérédité, il n'y a point eu de domaine révocable; le testateur est censé avoir vécu jusqu'au moment de l'adition. Si, dans ce moment même, le légataire accepte, il est incontestable que le domaine de la chose léguée passera directement du testateur au légataire. Mais, *quid* s'il s'écoule quelque temps entre l'adition de l'hérédité et l'acceptation du légataire?

tam hæreditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum; sed posteaquam scierit et..... tum perinde esse atque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus cæterique illius scholæ auctores, non aliter putant rem legatarii fieri quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videmur quod Proculo placuit. (*Gaius*, 2 *Com.*, § 195. *Cf. Id. cod.* § 200, *in fin.* cité ci-dessus, p. 464.)

Si quis rem sibi legatam, ignorans adhuc, legaverit, postea cognoverit, et voluerit ad se pertinere, legatum valebit; quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur ex quo hæreditas adita est (1); si vero repudiaverit, retro videtur (res) repudiata fuisse hæredis. (*Ulp. L. 44*, § 1, *de legat. 1°*; *Cf. L. 15*, *de reb. dub.*; *L. 8*, *de reb. hæred.*; *L. 38*, § 1, et *L. 86*, § 2, *de legat. 1°*; *L. 13*, § 3, et *L. 14*, *ad leg. Falc.*

VI^e CAS. Actes d'aliénation entachés de certains vices (2).

1^o. Crainte ayant pour cause la violence.

Si metu coactus..... volui; sed per Prætozem restitutus sum..... (*Paul. L. 21*, § 5, et *Ulp. L. 1*, *quod. met. caus.* — *Obst. Paul. Sent. I. 7*, § 6.)

(1) Faudrait-il conclure de là que les actes faits par l'héritier depuis l'adition n'ont pas même valu pour le temps qui a précédé l'acceptation? Je crois qu'il faut plutôt appliquer ici ce qui est dit dans la *L. 12*, § 2, *fam. ercisc.*, *L. 66*, *de rei vind.*, et *L. 11*, § 1, *quemadmod. serv.*)

(2) Dans le cas où des actes destinés à transférer le domaine intégral sont entachés de quelque vice, comment se fait-il que, quelquefois, au lieu de déclarer ces actes non avenus, le législateur les reconnaisse pour source d'un domaine révocable, ou même d'un domaine intégral, mais accompagné de l'obligation de restituer? — On peut assigner deux causes de ce système bizarre: — la première (celle qui explique la formation d'un domaine révocable), c'est le concours de deux pou-

Volenti autem datur et in rem actio, et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione. (*Ulp. L. 9, § 4, quod. met. caus.; Cf. § 6, eod., et L. 14, § 5.*)

2°. *Quid de l'erreur ayant pour cause le dol?*

Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provinciæ aditus animadvertet..... rescindi venditionem jubebit. (Diocl. et Max. L. 5, C. de resc. vend. Cf. L. 5, C. de in integ. rest. L. 11, § 5, de act. empt. L. 13, § 4 et 5, eod. L. 5, § 2, de auct. et cons. tut. L. 5, § 3, pro soc.; L. 7, de dol. mal.)

3°. *Quid de l'erreur sans dol?*

.... *Condictio (indebiti) ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. (Papin. L. 66, de condict. indeb. Cf. L. 7 et L. 54, eod. L. 4 et L. 1, C. eod. L. 36, de adq. rer. dom.—Obst. vid. L. 18, de reb. cred.)*

4°. *Quid des vices redhibitoires.*

Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus : quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum

voirs législatifs : l'un statuant d'une manière rigoureuse d'après ce qui arrive en général, et établissant des rites sacramentels, et l'autre modifiant d'après les circonstances particulières les décisions du premier ; — la seconde (qui justifie la translation du domaine intégral avec obligation de rendre), c'est l'intérêt des tiers qui ont pu ignorer un vice plus ou moins caché. — A côté des cas où le domaine révocable peut s'établir, nous indiquerons ici, par la raison que nous avons donnée ci-dessus, p. 454, d'autres cas où, malgré le vice de l'acte, le domaine intégral est transféré sous l'obligation de restituer. Mais, cette matière appartenant plus particulièrement au *Traité des Actions (VI^e Section de cet Ouvrage)*, nous nous contenterons de donner ici quelques exemples, en les choisissant parmi les vices qui se rapportent aux manières d'acquérir que nous avons expliquées jusqu'à présent.

ejus, non recte redhibetur, nisi redemptum (sit) et pignore liberatum redhibeatur. (*Paul. L. 43, § 8, de ædil. edict. Cf. Ulp. L. 4, pp. quib. mod. pign., et L. 21, § 1, de ædit edict.*)

5°. *Quid de la cause illicite?*

Constat id.... posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel reddit ad non justam causam. (*Ulp. L. 1, § 3. de condict. sine caus.*)

6°. *Quid de la lésion?*

Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit : humanum est, ut vel, pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate Judicis intercedente ; vel si emptor elegerit, quod deest justo prætio, præcipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit. (*Diocl. et Max. L. 2, C. de resc. vind.*)

7°. *Quid de la fraude envers les tiers?*

.... Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia Præsidis, permittitur ipsis creditoribus, recissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse. (§ 6, *J. de act. Cf. ; Ulp. L. 1, § 2, et L. 10, § 22, quæ in fraud.*)

VII^e CAS. *Chose commune devenue l'objet d'une instance en partage (1).*

Alienationes enim post judicium acceptum interdictæ sunt, duntaxat voluntariæ : non quæ vetustiore causam, et originem juris habent necessariam. (*Papin. L. 13, fam. ercisc.*)

(1) On pourrait peut-être trouver d'autres cas où le domaine devient révocable par l'effet d'un procès engagé.

VIII^e CAS. *Perception des fruits par un possesseur de bonne foi, ou bien, dans le cas où il existe un droit d'usufruit, par un voleur.*

V. ci-dessus, p. 301, L. 48, de *adq. rer dom.*; V. aussi, p. 301, L. 25. § 1, de *usur.*, et p. 405, le § 56, J. de *usuf. et Cf.*, L. 12, § 5, de *usuf. et quemadm.*

ART. VIII. DROIT DE QUASI-POSSESSION (1).

PR.

..... nec possidere intelligitur jus incorporale. (*Paul. L. 4, § 27, de usurp.*)

(1) Dans le langage d'un assez grand nombre de jurisconsultes, il y a *quasi-possession* toutes les fois qu'une personne exerce quelque puissance sur une chose, en s'attribuant à l'égard de cette chose, non le droit intégral de propriété, mais seulement un démembrement de ce même droit, ce démembrement renfermât-il en entier, comme l'usufruit, le droit d'occuper la chose, et même le droit d'en percevoir les fruits (V. L. 25, § 2, ex *quib. caus. maj.*; Cf. *Gaius*, 4 *Com.* § 159). Plusieurs, surtout parmi les modernes, appliquent en outre le mot *quasi-possession* au cas où une personne est considérée depuis un certain temps comme investie des qualités d'héritier, d'enfant légitime, d'époux, ou de citoyen, etc., et recueille, en conséquence, les avantages attachés à ces qualités. Enfin, il y a des jurisconsultes qui vont encore plus loin, et qui voient une *quasi-possession*, même lorsqu'il s'agit d'un simple droit relatif, si ce droit (comme ce qu'on appelle chez nous, une rente) embrasse une série plus ou moins longue de prestations successives.

Nous n'attacherons ici au mot *quasi-possession* qu'un sens beaucoup plus restreint, et voici nos raisons :

D'abord, il est évident qu'il ne doit être question dans cette partie de notre *Chrestomathie*, que de ce qui a rapport au droit de propriété.

Ensuite, ayant appliqué (V. ci-dessus, pages 225, 225, 256, 246, 252, 260 et 272) le mot *possessio* au cas où une personne, quoique s'attribuant seulement un démembrement de la propriété (soit *absolu*, soit même *relatif*), a cependant l'occupation exclusive de la chose, tel qu'un usufruit-

§ I^{er}. *Droit de quasi-possession correspondant au droit de co-propriété.*

V. ci-dessus, p. 245 et 246, la note 1 et les L. 26 et L. 3, § 2, de *adq. poss.*, L. 8, de *rei vind.*; et p. 253, les L. 32, § 2, de *usurp.*, et L. 3, § 5, de *adq. poss.*

tier, ou un créancier gagiste, ou même un locataire, etc., nous n'avons besoin maintenant d'une dénomination spéciale, que pour le cas où il s'agit d'un démembrement de la propriété qui n'embrasse qu'une partie du *droit d'occuper la chose*.

En conséquence (et conformément à ce que nous avons dit, p. 415 ci dessus), le fait que nous appellerons *quasi-possession*, et dont les effets légaux constituent un droit particulier auquel nous consacrons cet Article, peut être défini : *La puissance de faire une partie seulement de ce que le propriétaire a droit de faire, soit en vertu du seul droit d'occuper la chose, (v. ci-dessus, p. 202), soit en vertu de ce droit joint aux droits de modifier et de percevoir les fruits. (V. Paul. L. 4, § 27, de usuc.)*

Malgré le texte que nous venons de citer, texte qui déclare formellement qu'un droit de servitude réelle ne peut être possédé, (ce que d'autres textes, notamment L. 3, de *poss.*, citée ci-dessus, p. 219, et L. 1, § 8, *quod leg.*, semblent dire au surplus de toute espèce de démembrement), le mot *possession*, *possessio juris* a été employé dans ce cas par quelques jurisconsultes, parmi lesquels il est étonnant de trouver Ulpien, qui refuse ailleurs (L. 1, § 8, *quod leg.*) le nom de *possessio* à la puissance exercée à titre d'usufruitier. (V. *Celsus*, L. 7, de *itin. actuque priv. Ulp.* L. 2, § 3 de *precar.* et *Constant.* L. 10, C. de *adq. poss.*)

La puissance du *quasi-possesseur*, semblable sous ce rapport à celle du *possesseur* (v. ci-dessus, p. 244, 256 et 218), n'existe véritablement qu'autant que les autres hommes souffrent qu'il retire de la chose une partie de l'utilité qu'elle peut offrir, et le considèrent comme ayant droit à cette portion d'utilité pour un temps plus ou moins long. — Mais il y a cela de particulier en matière de quasi-possession (c'est-à-dire lorsqu'il ne s'agit que d'un fragment du droit de propriété), que, si je suis reconnu comme investi de ce fragment, par celui qui est en possession du complément du droit de propriété, je puis dire que mon droit fractionnaire est par cela même implicitement reconnu par tout le monde, car reconnaître un in-

Si ex æquis partibus fundum mihi communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes me pe-

dividu pour propriétaire, c'est en même temps reconnaître le droit de celui que cet individu admet à prendre part aux avantages attachés à son titre de propriétaire.

Le droit d'occuper consistant tout à la fois à se mettre en contact avec la chose et à interdire ce contact à toute autre personne, et les droits de modifier la chose et de percevoir les fruits renfermant également tout à la fois certains faits de la part d'une personne, et l'abstention des mêmes faits de la part de toutes les autres, il est évident que, d'après la définition que nous venons d'en donner, la *quasi-possession* pourrait, à la rigueur, consister dans la seule abstention, de la part du propriétaire ou de celui qu'on considère comme tel, de l'un des actes compris dans les droits dont nous venons de parler. — Mais, comment un individu pourra-t-il prouver que cette abstention a eu lieu dans son intérêt, et non simplement parce qu'elle convenait au propriétaire ou possesseur? Comment pourra-t-il prouver qu'elle implique reconnaissance d'un droit?

Nous avons vu que le contact de celui qui veut posséder avec la chose qui doit être l'objet de la possession proprement dite, est exigé, au moins pour commencer la possession; en effet, combien de difficultés n'offrirait pas la preuve d'une possession qui consisterait uniquement, d'une part, dans l'intention d'agir, et d'autre part, dans la disposition à laisser agir, comme propriétaire?

Bien plus de difficultés encore naîtraient d'une quasi-possession toute *animi*, alors même qu'on supposerait que l'abstention du propriétaire ou possesseur est appuyée de l'opinion répandue dans le pays que tel droit fractionnaire existe; en effet, le propriétaire ne pourrait-il pas toujours dire: Pourquoi voulez-vous que j'entre en procès pour repousser une simple prétention, qui jusqu'à présent ne me cause aucun préjudice? — Ce système semble cependant avoir été adopté par Ulpien (*L. 6^e, § 1, si servit. vind.*), lorsque, dans le cas de servitude *non altius tollendi*, il considère comme *quasi-possesseur* l'individu qui s'attribue une semblable servitude, par cela seul que le voisin n'a pas fait une construction qui se trouverait en opposition avec elle. — A la vérité, le jurisconsulte refuse à ce prétendu *quasi-possesseur* les principaux avantages attachés à la véritable *quasi-possession*: il lui fait jouer le rôle de demandeur, et lui impose en conséquence la charge de prouver. Ne vaudrait-il pas mieux

tere debere, sed a Titio qui non sit dominus, totum semissem. (Paul. L. 8, de rei vind.)

§ II. *Quasi-possession correspondant au droit d'usage* (1).

.... neque usus possidetur, sed magis tenetur. (Ulp., L. 1, § 8, quod legat.)

V. ci-dessus. p. 272 et 273, les L. 4, uti poss., et L. 3, § 16, de vi et vi arm. .

reconnaître, comme nous l'avons fait ci-dessus, p. 411 et 416, qu'il n'y a pas de quasi-possession possible à l'égard des servitudes qui consistent simplement *in non faciendo* de la part du propriétaire du fonds servant ?

Nous venons de dire que la puissance du *quasi-posseur* n'existe véritablement qu'autant que les autres hommes considèrent les avantages qu'il retire de la chose comme l'effet d'un droit. Parmi les démembremens de la propriété que les besoins sociaux avaient rendus assez fréquens à Rome pour qu'ils eussent un nom particulier, je n'en vois que trois auxquels corresponde un droit de quasi-possession, ce sont :

1°, la co-propriété ;

2°, les droits d'usage ou d'usufruit, lorsque le droit d'occuper, ou bien le droit d'occuper joint à celui de percevoir les fruits, ne sont pas intégralement détachés de la propriété ;

3°, les servitudes réelles.

Quoique la *quasi-possession* puisse, de même que la possession, être considérée comme *fait* et comme *droit*, nous n'avons pas cru nécessaire de distinguer en deux Chapitres distincts les textes qui s'y rapportent ; il nous a paru préférable de la considérer, par rapport aux divers démembremens dont elle peut être le symbole, sous l'un et l'autre point de vue en même temps.

(1) Lorsque la chose sujette à un droit d'usage n'est point productive, celui qui possède à titre d'usager, est un véritable possesseur ; mais toutes les fois qu'il s'agit de choses productives, il ne peut plus y avoir que *quasi-possession*, à cause du concours qui s'établit entre l'usager et celui qui a droit aux fruits. — Il est impossible de savoir si dans le petit nombre de textes où il s'agit de possession à l'occasion de l'usage, les jurisconsultes ont eu en vue l'usage intégral ou l'usage partiel.

§ III. *Quasi-possession correspondant aux servitudes réelles.*A. *En quoi consiste cette quasi-possession.*

V. ci-dessus, p. 415, L. 14, de servit. ; p. 414, L. 20, eod. ; p. 415, L. 20, de serv. præd. urb., et L. 6, de serv. præd. urb. — V. aussi p. 424, L. 20 et 25, quemadm. serv. amitt. ; L. 5, 6 et 24, eod.

.... si quæritur (in servitute tigni immittendi) quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? Sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi debere ait; si vero non sunt immissa, eum qui negat. (Ulp. L. 8, § 5, si serv. vind.)

Sciendum... in his servitutibus (ne vicinus ædificatum habeat, vel ne altius tollat) possessorem esse eum juris et petitem. Et si forte non habeam ædificatum altius in meo, adversarius meus possessor est, nam cum nihil sit innovatum, ille possidet, et ædificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed et si patiente eo ædificavero, ego possessor ero effectus. (Ulp. L. 6, § 1, si serv. vind.)

B. *Avantages attachés à cette quasi-possession.*

1°.

Prætor ait : Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quominus ita utaris, vim fieri veto. (Ulp. L. 1, pr. de itin. actuque.)

Hoc interdicto Prætor non inquit, utrum habuit jure servitutem impositam, an non : sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi, non clam, non precario : et tuetur eum, licet eo tempore quo interdictum redditur, usus non sit. Sive igitur habuit jus viæ, sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem Prætoris pertineat, si modo anno usus est, vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus. Neque ad præsens tem-

pus refertur usus, quia plerumque itineribus, vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit. Ita annui temporis spatio conclusit usum. (d. L. § 2.)

Ait Prætor : Quo itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi jus esset, reficias, vim fieri veto. Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat. (Ulp. L. 3, § 11, de itin. act. priv.; Cf. Paul. L. 2, § 2, de interd.)

2°.

Ait Prætor : uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto. (Ulp. L. 1, pr. de aqua cott. et æstiv.; Cf. d. L. 1, §§ 1, 2, 3, 4, et seq.)

Deinde ait Prætor : uti priore æstate aquam qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. Inter hæredes, emptores et bonorum possessores interdicam. (d. L. 1, § 29 (1).)

3°.

Prætor ait : Rivos, specus, septa reficere, purgare, aquæ ducendæ causa, quominus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore æstate, non vi, non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto. (Ulp. L. 1, pr. pr. de rivis.)

V. p. 417, L. 10, pp. si serv. vind.

4°.

Prætor ait : uti de eo fonte quo de agitur, hoc anno aquam nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es : quominus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscina, item interdicam. (Ulp. L. 1, pr. de fonte.) •

(1) La même loi contient encore, au § 38, un autre interdit relatif aux eaux, mais le § 45 dit expressément que cet interdit n'est pas possessoire.

ART. IX. DROITS COMPLÉMENTAIRES CORRESPONDANT AUX DIVERS DÉMEMBRE-
MENS EXPLIQUÉS DANS LES ARTICLES PRÉCÉDENS (1).

A. *Nudum jus Quiritium* (2) *correspondant au dominium bonitarium.*

V. ci-dessus, p. 215, le § 4 du 1^{er} Com., et le § 222 du 2^e Com. de *Gaius*. V. aussi au 1^{er} Com. le § 54.

(1) Toutes les fois qu'un démembrement quelconque (*nommé ou in-nommé*) est établi, il est évident que ce qui reste du droit de propriété, c'est-à-dire le complément du droit fractionnaire qui vient de naître, n'est plus à proprement parler qu'un autre démembrement, qui renferme tout ce qui n'a pas été détaché du droit intégral. Si, comme cela peut arriver, le même droit de propriété se trouve fractionné entre plus de deux personnes, soit qu'elles aient toutes des portions composées d'élé-mens semblables (comme dans le cas de la co-propriété), soit qu'elles aient des droits différens, il est évident, que pour savoir ce qui reste au propriétaire primitif, il faut considérer ce que chacun des démembre-mens lui a enlevé. Les jurisconsultes n'ont point jugé convenable de traiter explicitement de ces divers *complémens*, qui, pour la plupart, n'ont pas de nom; mais ordinairement, à l'occasion de tel démembre-ment, ils ont pris soin de définir le droit restant à celui (ou au représen-tant de celui) qui avait la propriété intégrale.

Il est évident que ces complémens du droit de propriété prenant nais-sance par le même événement qui crée le démembrement auquel ils correspondent, et cessant d'exister comme tels, pour n'être plus que des parties constitutives du droit intégral, aussitôt que le démembrement s'éteint, la question de savoir quelles sont les manières d'acquérir ou de perdre ces complémens se trouve, comme celle de leur étendue, im-plicitement traitée par l'explication des démembrements correspondans; sauf toutefois ce qui touche la transmission de ces droits complémentaires d'une personne à une autre pendant la durée du démembrement.

Nous allons citer quelques textes qui s'occupent explicitement de ces droits complémentaires : nous les classerons dans l'ordre suivant lequel nous venons d'expliquer les démembrements auxquels ils correspondent.

(2) Voyez ci-dessus, p. 207. — Quoique nous n'ayons pas présenté comme un démembrement du domaine, mais bien comme une sorte de

B. Propriété séparée de la possession, correspondant au droit de possession.

V. ci-dessus, p. 264, § 4, *J. de interd. V. Ulp.*, L. 1, § 2, *uti poss.*

C. Co-propriété, correspondant au démembrement également appelé co-propriété.

V. ci-dessus, p. 296, la note 1. et p. 472, L. 54, *quemad. serv.* — *V.* aussi L. 19 et 26, de *serv. præd. urb.*, L. 4, de *servit. leg.*, L. 11, L. 14, § 1, et L. 6, § 4, *si serv. vind.*, L. 5, de *usuf.*, L. 5, de *sicp. serv.*

D. Domaine direct, correspondant au droit d'emphytéose.

V. ci-dessus, p. 597, L. 1, § 2, *si ager vect.*

E. Domaine du sol, correspondant au droit de superficie.

V. ci-dessus, p. 400, L. 3. § 7, *uti poss.*, et L. 1, § 4, de *superf.*

F. Nue propriété, correspondant au droit d'usufruit.

V. L. 1, § 1, de *senat. Silan.*, et L. 25 pp., de *V. S. V.* aussi L. 7, § 1, L. 13 pp., L. 17 pp., et § 1, L. 19, § 1, et L. 65, § 1, de *usuf.*, L. 16, § 1 de *us. et hab.*

Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest : et si forte fuerit,

domaine, le droit que les anciens juriscousultes indiquaient par cette expression *rem in bonis habere*, et que plus tard on appella *dominium bonitarum* (peut-être aussi *dominium naturale* par opposition au *dominium civile*), il faut cependant reconnaître que lorsqu'une seule et même chose appartient à une personne *ex nudo jure Quiritum*, tandis qu'elle est *in bonis* d'une autre personne, il y a véritablement démembrement de la propriété.

non utente fructuario, amissa, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. (Ulp. L. 15, § 7, de usufr. ; Cf. L. 16, eod.)

G. Propriété grevée d'un droit d'usage ou d'une servitude réelle.

V. ci-dessus, p. 408, § 2, J. de us. et hab. V. aussi L. 16, de serv.

H. Domaine engagé ou hypothéqué, correspondant au droit de gage ou d'hypothèque.

V. ci-dessus, p. 428. L. 55, § 1, de pign. act. V. aussi L. 285, de reg. jur.

I. Domaine éventuel, correspondant au domaine révocable.

V. ci-dessus, p. 463, L. 69, § 1, de leg. 1^o.

K. Domaine limité par un droit de quasi-possession.

V. ci-dessus, p. 418, L. 8, § 3, si serv. vind.

ART. X. CONCOURS OU COMPLÉCATION DE DÉMEMBREMENTS (1).

A. Usufruit, servitude réelle, hypothèque, ou autre démembrement, consentis par un co-proprétaire.

.... nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat : veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus tibi non esse altius tollere. (Paul. L. 16, de usuf., et quemad. ; Cf. Ulp. L. 13 pp. ; et L. 15, de usuf.)

(1) Nous avons déjà fait remarquer ci-dessus (p. 456) que rien n'empêche qu'un démembrement vienne s'enter en quelque sorte sur un au-

Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio (et ita et Pomponius, lib. LXI, scribit) : sed in æstimationem id quod interest veniet, scilicet quod ejus interest qui experietur. Itaque de jure quidem ipso singuli experientur, et victoria et aliis proderit ; æstimatio autem ad quod ejus interest revocabitur : quamvis per unum adquiri servitus non possit. (*Ulp. L. 4, § 5, si serv. vind. ; Cf. L. 14, § 1, eod., et L. 26, de serv. præd. urb.*)

Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi, et (ut Pomponius libro eodem scribit) quisquis defendit, solidum debet restituere : quia divisionem hæc res non recipit. (*Ulp. L. 4, § 4, si serv. vind.*)

Ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest..... Et, si ex communi prædio debeatur, uno ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio. (*Pap. L. 5, de usuf. ; Cf. L. 9, § 4, usuf. quemad. mod. cav.*)

tre démembrement : ainsi un droit d'*usufruit* peut être institué par celui qui n'a qu'un *domaine révocable*, une *servitude* par un *co-propriétaire*, etc., etc. Il n'est pas toujours facile de déterminer ce qui constitue ces complications de démembrements ; mais ce qui offre peut-être plus de difficulté encore, c'est de reconnaître jusqu'à quel point les diverses manières d'acquérir ou de perdre leur sont applicables. Les jurisconsultes romains nous ont laissé à cet égard un certain nombre de décisions qu'il est bon d'étudier ; le cadre trop resserré de cet ouvrage ne nous permettant pas de les rapporter ici, nous nous contenterons de faire remarquer que dans l'ancien Droit romain, la rigueur des formes empêchait en général de créer d'autres démembrements que ceux que le législateur avait prévus, et auxquels les manières d'acquérir avaient été accommodées ; de sorte que, pour le surplus, il ne pouvait y avoir que *droit relatif* et non *démembrement de la propriété*. — Dans quelques législations modernes, le système de la publicité des actes translatifs ou restrictifs de la propriété, a produit en partie le même résultat.

B. *Quid d'une constitution d'usufruit ayant pour objet un ... oit de servitude réelle?*

Nec usus, nec usufructus itineris, actus, viæ, aquæductus, legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; nec erit utile ex senatusconsulto quo cavetur ut omnium quæ in bonis sint usufructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum hærede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet, aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur. (*Paul. L. 1, de usu et usuf. leg.*)

C. *Quid d'une constitution d'hypothèque, ayant pour objet un usufruit ou une servitude réelle ou quelque autre démembrement?*

V. ci-dessus, p. 455, note 1, p. 456, L. 11, § 2, et L. 12, de pign., et p. 456, note 1.

D. *Quid de l'usufruit constitué par l'emphytéote ou par le superficiaire?*

V. ci-dessus, p. 401, L. 1, § 6 et 9, de superf.; V. aussi L. 1, quib. mod. usuf.

E. *Quid d'un usufruit ou autre démembrement appartenant à plusieurs.*

V. tout le titre de usuf. acc.; V. aussi L. 1, § 8, de superf.

F. *Démembrements constitués sous condition.*

V. L. 54, § 3, de usuf.



